

ANEXO I. MODELO DE PORTADA DE TFM



**Máster Universitario en Asesoría Jurídica de  
Empresas**

2020-2021

**Análisis práctico del régimen jurídico de los socios minoritarios en los grupos de  
sociedades**

**Autor:** Carla Villar Sampalo

**Director:** Santiago Fuertes Ceballos

Septiembre 2021

## Índice

Resumen y abreviaturas .....	4
Resumen.....	4
Abstract .....	5
Abreviaturas.....	6
Introducción, objetivos y metodología .....	7
1. Grupo de sociedades.....	8
1.1. Concepto y naturaleza jurídica.....	8
1.2. Elementos.....	11
1.3. Clasificación de los grupos de sociedades .....	13
2. El régimen jurídico de los grupos de sociedades.....	14
2.1. La problemática jurídica en el sistema legal.....	14
2.2. Sistema jurisprudencial.....	16
2.3. Los grupos de sociedades en el Derecho comparado.....	21
2.4. Propuesta de Código Mercantil.....	24
2.4.1. Supuestos de derecho de separación .....	26
2.4.1.1. Derecho de separación por la integración de la sociedad en un grupo.....	26
2.4.1.2. Derecho de separación por perjuicio a la sociedad dependiente sin compensación	27
3. El interés del grupo de sociedades.....	29
3.1. Concepto y legitimación del interés del grupo de sociedades .....	29
3.2. Operaciones vinculadas. ....	32
3.3. Las instrucciones perjudiciales .....	33
3.2.2. Concepto y objeto .....	33
3.2.3. Su licitud en el seno de los grupos de sociedades.....	34
3.3. La doctrina de las ventajas compensatorias .....	36
3.3.1. La teoría cuantitativa.....	38
3.3.2. Teoría cualitativa .....	38
3.4. Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015.....	39
4. El interés del socio externo.....	41
4.1. Noción de socio externo.....	41
4.2. Análisis de las distintas medidas para la protección del socio externo.....	43
4.2.1. Derecho de separación por integración de la sociedad como dominante del grupo. ....	45
4.2.2. Derecho de separación por integración de la sociedad en el grupo como dominada. ...	49
4.2.3. La protección del socio externo a través del artículo 348 «bis» de la Ley de Sociedades de Capital. ....	51
4.2.4. Derecho de separación a favor del socio de la dominante del grupo. ....	55

4.2.5. Derecho de separación por “justa causa” como mecanismo para combatir el estrangulamiento financiero del socio externo. ....	56
4.2.6. Estatutos y pactos sociales. ....	60
Conclusiones .....	66

## **Resumen y abreviaturas**

### **Resumen**

El grupo de sociedades en Derecho español constituye una realidad no regulada sistemáticamente. En consecuencia, con este trabajo se pretende exponer las orientaciones doctrinales dominantes en la materia, con alguna reseña a una posible futura regulación, la cual es la contenida en el Proyecto de Código Mercantil, que además comprende el derecho de separación del socio en determinados escenarios, algo que, quizás, a día de hoy, nuestro ordenamiento jurídico no tiene tan claro.

La idea básica para poder hablar de grupo de sociedades es la dirección unitaria a la que estén sometidas varias sociedades, con independencia de si esa unidad está basada en una estructura de propiedad o en acuerdos más o menos igualitarios. De este modo, se examinarán los distintos modos de constituir el grupo o los criterios para calificar su existencia, así como las relaciones entre las sociedades del grupo y de éste con terceros.

En este sentido, haré un análisis exhaustivo de la Sentencia del Tribunal Supremos de 11 de diciembre de 2015, el concepto de interés del grupo y de la importante doctrina de las ventajas compensatorias.

Por último, examinaré las medidas para la protección del socio externo que actualmente se recogen en nuestro ordenamiento jurídico.

## **Abstract**

The group of companies in Spanish law is a reality that has not been systematically regulated. Consequently, the aim of this paper is to set out the dominant doctrinal orientations on the subject, with some outline of a possible future regulation, which is contained in the Draft Commercial Code, which also includes the right of separation of the shareholder in certain scenarios, something which, perhaps, at present, our legal system is not so clear.

The basic idea to be able to speak of a group of companies is the unitary management to which several companies are subject, irrespective of whether this unity is based on an ownership structure or on more or less egalitarian agreements. Thus, the different ways of forming the group or the criteria for qualifying its existence will be examined, as well as the relations between the companies in the group and between the group and third parties.

In this respect, I will provide a comprehensive analysis of the Supreme Court's Judgment of 11 December 2015, the concept of group interest and the important doctrine of countervailing benefits.

Finally, I will examine the measures for the protection of the external shareholder that are currently included in our legal system.

## **Abreviaturas**

ACM: Anteproyecto Código Mercantil.

Art: Artículo.

CC: Código Civil

CCom: Código de Comercio.

LSC: Ley de Sociedades de Capital.

Lcoop: Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.

LMV: Ley de Mercado de Valores.

Págs: páginas

TS: Tribunal Supremo.

## **Introducción, objetivos y metodología**

El principal objetivo de este trabajo es realizar un análisis de la regulación del concepto “Grupo de sociedades” existente en nuestro actual ordenamiento jurídico. Los grupos son reconocidos por la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, esta última le dedica gran atención, pero el legislador español no acaba de regularlos como tal, de forma sistematizada.

La falta de una regulación única de los grupos en la legislación española, no significa que ellos no se reconozcan pues, como hemos señalado antes, tanto la jurisprudencia, como la propia legislación española, reconocen su existencia e importancia ante la ausencia de un conjunto homogéneo de normas.

Este trabajo abordará las cuestiones más significativas y trascendentes en relación a la figura del socio externo, desde los posibles derechos reconocidos en el Anteproyecto de Código Mercantil, hasta los que realmente se le reconocen en nuestra Ley de Sociedades de Capital.

En relación a la metodología empleada en este trabajo, la misma ha consistido en la búsqueda y lectura de multitud de jurisprudencia, dada la complejidad y quizás falta de regulación que existe en relación con los Grupos de sociedades.

Las bases jurídicas empleadas para realización del presente trabajado han sido tales como Aranzadi Instituciones, Vlex, Tirant Online, la Ley Digital, Cendoj, Boe, entre otras.

## 1. Grupo de sociedades

### 1.1. Concepto y naturaleza jurídica

La primera dificultad que plantea el estudio de los grupos de sociedades es precisamente determinar lo que éstos son. La definición no es una cuestión pacífica ni en el Derecho español ni en el comparado, si bien existe unanimidad en la doctrina en considerar que un grupo es un agregado empresarial integrado por diversos sujetos de Derecho que, sin perjuicio de su personalidad jurídica propia, quedan sometidos en su actuación en el mercado a una dirección económica unificada, ejercida por la entidad cabecera del grupo.

De conformidad con lo establecido en el artículo 42 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (en adelante, CCom): *“Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:*

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.*
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.*
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.*
- d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos*



*directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.”*

En consecuencia, entendemos como grupo de sociedades aquella situación en la cual una o varias sociedades mercantiles están bajo el control de otra, que llamamos dominante o en la que varias sociedades, que no son entre sí ni dominantes ni dominadas, establecen una organización común que permite una actuación conjunta.

Conviene dejar claro que el grupo de sociedades como tal no tiene personalidad jurídica propia; así la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª de lo civil) de 17 de julio de 2014 (sentencia 429/2014, rec. 2275/2012) declara que el grupo de sociedades, como tal, carece de personalidad jurídica propia, y por tanto de un patrimonio propio. Cada sociedad es exclusiva titular de su propio patrimonio, que responde de sus obligaciones, por lo que entendemos que no existe un patrimonio de grupo como tal.

Como primera premisa y punto de partida hay que tomar la siguiente afirmación: el grupo de sociedades se establece entre sujetos jurídicamente independientes, sociedades dotadas de su propia individualidad, de su personalidad jurídica, que no se diluye ni se sublima en la de otro ente mayor.

En segundo lugar, se trata de determinar qué tipo de relaciones han de mediar entre dos o más sociedades para poder predicar su integración en un grupo de sociedades. En este sentido existen dos modelos.

- Uno, que se ha venido en denominar *germánico*, pues es el adoptado por el Derecho alemán (que es, por otra parte, el primero que abordó una regulación sistemática e independiente del fenómeno de los grupos de sociedades, aunque luego otros Ordenamientos han seguido su camino), en el que el dato que permite afirmar la

existencia de un grupo es la existencia de una dirección unitaria atribuida a una de las sociedades agrupadas, sea de facto, sea como consecuencia de un negocio jurídico específico y tipificado normativamente.

- Por otro lado, el modelo que se ha denominado *inglés*, que se basa en la existencia de control o posibilidad de control ejercido por una sociedad respecto de la otra u otras pertenecientes al grupo.

Pero, ¿cuál es el modelo que se ha adoptado en el Derecho español?. Según la definición que nos ofrece el CCom, parece que está dando el papel protagonista a la dimensión de control, siguiendo así con el modelo germánico. Igualmente, dispone el artículo 18 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC): *“A los efectos de esta ley, se considerará que existe grupo de sociedades cuando concurra alguno de los casos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, y será sociedad dominante la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras.”* Por su parte, el artículo 78 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (en adelante, Lcoop) determina en su primer apartado que: *“se entiende por grupo cooperativo, a los efectos de esta Ley, el conjunto formado por varias sociedades cooperativas, cualquiera que sea su clase, y la entidad cabeza de grupo que ejerce facultades o emite instrucciones de obligado cumplimiento.”*

Sin embargo, la doctrina es mayoritariamente proclive a considerar que existe grupo siempre que pueda apreciarse una situación de dirección única o unitaria, lo que va más allá de la existencia de relaciones de dominación político-económicas.

Destacamos, entre otras, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo (sentencia 149/2006, rec. 91/2006), por lo cual podemos observar que se ha acogido la tesis de la dirección unitaria como esencia de grupo de sociedades, declarando lo que sigue:

*“(…) No existiendo en nuestro ordenamiento jurídico un concepto genérico de la categoría de grupo de sociedades éste puede extraerse sin embargo acudiendo a la regulación contenida en las normas mercantiles que se ocupan de tal estructura societaria contenidas en los arts. 42 C.Com. ( LEG 1885, 21), 4 Ley Mercado de Valores ( RCL 1988, 1644 y RCL 1989, 1149, 1781) y 18 Ley Cooperativas ( RCL 1999, 1896) de las que se extrae la idea común a todas ellas de la necesaria presencia de una unidad de decisión sobre el conjunto de las sociedades agrupadas, ya se trate de la modalidad de grupos por subordinación o por dependencia (grupos verticales o de estructura jerárquica) o ya lo sea de grupos por coordinación (grupos horizontales o de estructura paritaria), pues es precisamente aquella dirección unitaria el elemento que aporta cohesión al grupo (…)”*

En definitiva, para que una realidad pueda denominarse “grupo de sociedades” se requiere:

- a) La existencia de dos o más sociedades distintas, independientes y autónomas, dotadas de personalidad jurídica propia.
- b) Que esas sociedades estén sometidas a una dirección unitaria en su actuación en el tráfico.

## **1.2.Elementos**

Siguiendo al profesor Girgado Perandones, el concepto de grupo de sociedades va evolucionando con el tiempo, a medida que se van desarrollando nuevos esquemas pragmáticos de organizaciones empresariales, si bien, la sustancia del grupo y sus elementos básicos han quedado definidos ya hace una serie de años, debido a la legislación que se ha ido promulgando en diferentes países, la jurisprudencia interpretativa de la misma y la doctrina que, en este caso, ha jugado un papel muy relevante.

De las definiciones anteriores, se infieren rápidamente cuáles son los elementos que conforman el concepto de grupo de sociedades, los cuales podemos resumir en los siguientes:

a) Elemento subjetivo:

La conjunción de sujetos es base para la conformación del grupo. En principio las entidades mercantiles de base capitalista (Sociedades Anónimas y Sociedades de Responsabilidad Limitada), son el núcleo fuerte del tipo de sociedades que integran los grupos de sociedades.

b) Elemento finalista:

La dirección económica o unitaria, es otro de los elementos definidores del grupo de sociedades y, en consecuencia, no podemos concebir el concepto de grupo de sociedades si en el mismo no existe una dirección unitaria. La dirección económica unitaria requiere que todas las decisiones de cada uno de los órganos de administración del grupo respondan a una orientación unitaria emitida por el órgano designado para ello (normalmente el Consejo de administración de la sociedad dominante, que actuará de acuerdo con lo que dispongan los estatutos de la matriz y las directrices de la junta general de la misma, en definitiva el grupo de socios que tengan separada o conjuntamente una posición mayoritaria). Así, para que efectivamente pueda hablarse de una dirección unitaria es necesario que al menos se hallen centralizadas las decisiones financieras.

De acuerdo con esta postura, es preciso indicar que lo necesario para que una sociedad se considere perteneciente al grupo no es únicamente la existencia de dominio o control, aunque para determinadas materias si lo pueda ser, sino la efectiva dirección económica única. La trascendencia jurídica del grupo de sociedades se concreta con la política común definida unitariamente.

c) Elemento objetivo:

El medio o instrumento empleado como nexo de unión, y que puede aparecer revestido de diversa naturaleza jurídica (real, obligacional o personal) (Fuentes Naharro: 2007).

### **1.3. Clasificación de los grupos de sociedades**

Al definir el concepto de “grupo de sociedades” hemos ubicado como elemento central la existencia de una dirección unificada de la actividad económica de las sociedades que integran el grupo.

En consecuencia, ahora lo que procede es precisamente examinar los distintos caminos por los que puede llegarse a este resultado final, esto es, la existencia de una dirección unificada y, por consiguiente, la afirmación de que entre varias sociedades se ha formado un grupo.

Así, se pueden hacer las siguientes distinciones:

- a) La primer distingue entre grupos de derecho y grupos de hecho. Hay grupo de derecho cuando la atribución del poder de dirección a una de las sociedades agrupadas proviene de un instrumento jurídico previsto por la norma al efecto. Sin embargo, en nuestro Derecho no están regulados estos cauces con carácter general y, por tanto, carece de sentido hablar de grupo de derechos (Paz Ares & Candido, 2014). Por su parte, los grupos de hecho serán todos aquellos que no estén reconocidos como tales en el ordenamiento jurídico.
- b) Más significativa es la clasificación basada en la naturaleza de las relaciones de las que nace la dirección común. Bajo esta base, los grupos se pueden clasificar en:
  - Grupos dominicales: basados en el control y la dirección efectiva de la sociedad matriz o dominante sobre las sociedades dependientes o dominadas en función del grado de participación en ellas. Lo distintivo, en todo caso, es que la sociedad dominante ostenta, directa o indirectamente, la titularidad del paquete de control (Paz Ares & Cándido, 2014).

- Grupos contractuales: la dirección común se basa en relaciones contractuales entre la sociedad dominante y las dependientes.
  - Grupos personales: la dirección básica se basa en las relaciones personales, como pueden ser los grupos que surgen por razones familiares.
- c) Una última clasificación, fundada en la estructura de la dirección, distingue entre los grupos de subordinación y los grupos de coordinación. En los grupos de subordinación -o grupo vertical-, el poder de dirección corresponde a la sociedad matriz sobre las filiales por causa o razón del control que aquélla ejerce sobre éstas. En los grupos por coordinación -o grupos horizontales-, la dirección no se impone por una entidad superior, sino que se acuerda por todas las entidades agrupadas, en igualdad, articulándose a través de instrumentos y mecanismos diversos.

## **2. El régimen jurídico de los grupos de sociedades**

### **2.1.La problemática jurídica en el sistema legal**

En el Derecho español, el concepto de grupo se encuentra contenido en el actual artículo 42 del Código de Comercio, que, tras la reforma por la Ley 16/2007, se acerca claramente a la noción germana de grupo, vinculándose a la noción de «control», sin perjuicio de que éste conlleva en la práctica la «unidad de dirección», aunque no tenga que ser así necesariamente en todo caso. El citado artículo cita las siguientes situaciones en las que se presume que existe control por parte de la dominante sobre la/s dependiente/s:

- (i) poseer la mayoría de los derechos de voto, ya sea por sí misma o por medio de pactos o acuerdos con otros socios; y
- (ii) poseer la mayoría en el órgano de administración, bien por haber nombrado a la mayoría o por poderla nombrar o sustituir.

Resulta necesario resaltar la gran diversidad estructural que caracteriza a los grupos de sociedades. En la práctica podemos encontrar una multiplicidad de clasificaciones de grupos no excluyentes una de otras: grupos por subordinación o jerárquicos; grupos de estructura paritaria o por coordinación; grupos centralizados o descentralizados; públicos o privados; contractuales o fácticos; de tamaño pequeño, mediano o grande; etc. Lo que dificulta notablemente la labor del legislador, ya que obliga a éste a articularlos de forma diferente según su variedad tipológica. Unido a la gran diversidad tipológica de los grupos de sociedades, debemos tener presente que el fenómeno grupal se manifiesta en una gran variedad de sujetos, físicos o jurídicos, públicos o privados cuyas características deben ser tenidas en cuenta por el legislador, así como la gran heterogeneidad de sectores económicos.

La noción de grupo consolidable recogido en el artículo 42 CCom., es el núcleo actual de la definición del grupo de sociedades en nuestra legislación mercantil y societaria. A él se remiten, expresa o implícitamente, los demás preceptos que delimitan la relación de dominio o de grupo, tal es el caso del artículo 18 LSC y el artículo 4 LMV, entre otras, quedando solamente constreñido el contenido del artículo a determinados supuestos. Lo que permite que el concepto de grupo de sociedades esté circunscrito a la idea de control, sin perjuicio de que algunas de las técnicas de control, recogidas en el mismo, son prácticamente inoperantes, o se encuentran subsumidas en otras. Por lo que, al contrario de lo establecido en el artículo 4 LMV, se omite el concepto de control externo, entendido como el basado en un contrato o en una cláusula estatutaria, no existe tampoco una referencia expresa a la figura del control conjunto, es decir, la situación de dominación en la que existe pluralidad de sociedades controladoras o dominantes, concepto éste que podemos entre ver en el propio artículo 4 LMV.

Como podemos apreciar, en el ordenamiento jurídico español existe una diversidad respecto a la definición de grupos de sociedades, teniendo en cuenta la pluralidad de normas que se refieren a la figura del grupo. Sin embargo, el único punto en común entre las diferentes

definiciones legales existentes, consiste en referir la idea de grupo exclusivamente al concepto de control, esto es, a lo que serían los grupos de dominación o por subordinación, compuestos por una sociedad dominante y otra dominada

En definitiva, en el Derecho Español, el fundamento que ha servido para conseguir una cierta armonización y convergencia normativa es la llamada “unidad de decisión”. El concepto de grupo, como hemos señalado anteriormente, se encuentra contenido en el actual artículo 42 CCom., que se acerca claramente a la noción germana de grupo, muy estrechamente relacionada con la noción de control, sin perjuicio de que éste conlleva en la práctica la unidad de dirección, aunque no tenga que ser así necesariamente en todo caso.

## **2.2.Sistema jurisprudencial.**

Sobre la base de lo que se acaba de afirmar, nos limitaremos a reseñar algunos de los fallos más destacados en la materia. En la sentencia de 29 abril 1985 (La Ley, 1985-3, p. 824, ref. 6679-R), el TS (sala 1.ª) se limita a declarar que nuestro Derecho mercantil *“no contiene normas que contemplen el fenómeno de que algunas empresas se formen estructuralmente por un número variable de unidades productivas cada una de las cuales, no obstante conservar su personalidad jurídica, queden sometidas a un único poder de decisión, constituyendo un grupo de sociedades al que propiamente corresponde dar una información consolidada que elimine de algún modo el proceso de circulación de valores por el interior de cada empresa para presentar una información de la posición del grupo frente al entorno exterior al mismo grupo y denote quien ejerce el poder de decisión, su estructura y sus finalidades”*. Tiene gran interés la doctrina establecida por la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia de 22 enero 1985 (La Ley, 1985-3, p. 416), en la que se indica que: *“las organizaciones o grupos de sociedades en que la sociedad madre tiene en su mano la actuación interna y externa de las filiales, quedando éstas reducidas a meros instrumentos técnicos al servicio de aquellas, sin*



*vida verdaderamente propia, aunque bajo la apariencia de una pluralidad de sociedades autónomas en que se esconde un estado de fusión extra legal, constituyen una unidad, por lo que a todas las que forman parte de esta común organización ha de extenderse la obligación de indemnizar por los daños causados por una de ellas, sin que sea obstáculo invencible para esta solución el argumento de que las sociedades tienen personalidad jurídica y son sujetos de derecho independientes, porque tal personalidad está basada en el mero cumplimiento de requisitos de forma (escritura notarial e inscripción en el Registro Mercantil)”. Se trata, no obstante, de una doctrina aislada en el actual panorama jurisprudencial español. Finalmente, como criterio de reconocimiento del grupo, o como instrumento de presunción de su existencia, tiene interés la sentencia del TS (sala 1.ª), de 16 diciembre 1985 (La Ley, 1986-1, p. 693), que se ocupa de una de las llamadas cartas de patrocinio, es decir, de aquel documento dirigido por la sociedad dominante de un grupo a la entidad financiera que concede crédito a alguna de sus filiales declarando, o bien el grado de participación en el capital de esta última, o su deseo de mantenerlo, o su compromiso -de naturaleza jurídica discutida- de promover la devolución del crédito concedido a su filial, etc. El TS conecta la emisión de la carta a la situación del grupo:*

*“Pero tal compromiso, con trascendencia jurídica que encuentra su explicación en los vínculos económicos y normativos existentes entre una sociedad cabeza de grupo y sus afiliadas, no pasará de ofrecer repercusiones en un orden estrictamente moral cuando se trate de expresiones declarativas sin otro alcance y como tales limitadas a la afirmación de un hecho o a la manifestación de un parecer, pero sin asumir obligaciones sobre apoyo financiero de la sociedad matriz a la filial ni contraer deberes positivos de cooperación a fin de que la compañía subordinada pueda hacer efectivas las prestaciones que le alcanzan en sus tratos con el tercero”.*

Pese a carecer de personalidad jurídica, sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia han centrado sus esfuerzos en el estudio de este fenómeno de empresa moderna,

ya que, consecuencia de la dirección económica unitaria que preside el funcionamiento de los grupos, se pueden derivar perjuicios para las propias sociedades integrantes del grupo y terceros, que requieren de la correspondiente respuesta jurídica a fin de proteger los posibles intereses en juego.

La jurisprudencia también ha acogido la tesis de la dirección unitaria como esencia del grupo de sociedades, como idea fuerza que permite predicar la existencia del mismo. Así, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo de 16 de octubre de 2006 (ADC núm. 12, p. 460), (Sentencia núm. 7/2011 de 18 enero. AC 2011\294, Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo (Provincia de Asturias) Sentencia núm. 149/2006 de 18 octubre. AC 2007\737) establece que:

*“No existiendo en nuestro ordenamiento jurídico un concepto genérico de la categoría de grupo de sociedades, éste puede extraerse sin embargo acudiendo a la regulación contenida en las normas mercantiles que se ocupan de tal estructura societaria contenidas en los artículos 42 del CCom, 4 de la Ley del Mercado de Valores 1 y 78 de la ley de Cooperativas, de las que se extrae la idea común a todas ellas de la necesaria presencia de una unidad de decisión sobre el conjunto de las sociedades agrupadas, ya se trate de la modalidad de grupos por subordinación o por dependencia (grupos verticales o de estructura jerárquica) o ya lo sea de grupos por coordinación (grupos horizontales o de estructura paritaria), pues es precisamente aquella dirección unitaria el elemento que aporta cohesión al grupo (...).”*

Además, en reciente Sentencia de fecha 15 de marzo de 2017 (Sentencia 190/2017, rec. 2321/2014) la sala de lo civil del Tribunal Supremo ha confirmado y ampliado su doctrina sobre el grupo de sociedades a efectos concursales ya recogida en sus anteriores sentencias de 13 de diciembre de 2012 y de 4 de marzo de 2016.

En estas últimas el alto tribunal había declarado que desde la entrada en vigor de la Ley 38/2011 de 10 de octubre, por la que introdujo la actual Disposición Adicional Sexta de la Ley Concursal (LC), según la cual “*a los efectos de esta Ley, se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el artículo 42-1 del Código de Comercio*”, la noción de grupo viene marcada no por la existencia de una “unidad de decisión” sino por la existencia de una “situación de control” tal y como prevé el art. 42.1 del Código de Comercio cuando afirma *que “existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras”*, añadiendo una serie de supuestos en los que particularmente se presume –*iuris tantum*– ese control.

Afirma esa doctrina que la noción de grupo se extiende más allá de los casos en que existe un control orgánico, porque una sociedad (dominante) participa mayoritariamente en el accionariado o en el órgano de administración de las otras sociedades (filiales), alcanzando también a los supuestos de control indirecto, como por ejemplo el control mediante la adquisición de derechos o la concertación de contratos que confieran a la parte dominante la capacidad de control, sobre la política financiera y comercial, así como el proceso decisorio del grupo; o dicho en otras palabras, que le confieren el poder directo o indirecto de dirigir las políticas financiera y de explotación de una negocio con la finalidad de obtener beneficios económicos de sus actividades conforme a los términos utilizados por la norma 19 del Plan General Contable.

Ello supone que sólo los denominados grupo verticales o jerárquicos queden incluidos en el concepto de grupo societario del art. 42.1 del Código de Comercio y que los grupos horizontales de estructura paritaria o por coordinación, en los que ninguna de las sociedades integrantes tiene control sobre las demás, queden excluidos de ese concepto de grupo al no existir una situación de control.

Pero una vez confirmada esta doctrina, el TS va más allá y aborda la controvertida cuestión planteada a raíz del voto particular formulado por el magistrado Presidente de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona en la Sentencia nº 449/2013 de 11 de diciembre, sobre si el concepto de grupo establecido en el repetido artículo 42 exige que el control lo ostente una sociedad mercantil o puede también ostentarlo una persona física. El magistrado discrepante de la mayoría en aquella sentencia, aun reconociendo que se trata de una cuestión que genera muchas dudas, entendía que lo más razonable era interpretar dicho precepto en el sentido de que también las personas físicas pueden ostentar el control del grupo a pesar de no ser propiamente sociedad dominante del mismo, puesto que de no ser así se dejaría a la completa disposición de los sujetos el cumplimiento o incumplimiento de las normas sobre grupos.

En el caso enjuiciado las dos sociedades involucradas no formaban aparentemente un grupo jerárquico ya que no dependían de una sociedad dominante, pero tenían como punto de conexión a una misma persona física que detentaba la mayoría de dos compañías que eran a su vez las únicas socias de las dos sociedades involucradas, quienes a su vez compartían un mismo administrador societario, una sociedad mercantil que había designado a un mismo representante y cuyos principales ejecutivos disponían de poderes cruzados que les permitían actuar indistintamente en nombre de una y otra sociedad, entendiendo el Tribunal que en este caso la persona física –aun no siendo una sociedad mercantil- disponía de los mecanismos societarios para adoptar cualquier decisión tanto en una como en otra, ejerciendo por tanto sobre ambas un control indirecto perfectamente incardinado en el espíritu del artículo 42.1 del Código de Comercio.

A partir de esta Sentencia de 15 de marzo de 2017 queda por tanto claro que el criterio de control, sea actual o potencial, directo o indirecto, es determinante de la existencia del grupo de sociedades, de tal manera que puede afirmarse que si existe grupo existe control, siendo

indiferente que quien se encuentre en la cúspide ejerciendo ese control sea una sociedad mercantil o algún otro sujeto (persona física, o persona jurídica que no sea una sociedad mercantil, como por ejemplo una fundación) que no tenga las obligaciones contables que tiene una sociedad mercantil.

Esto supone en la práctica una ampliación del concepto de grupo societario que puede tener gran trascendencia. Y aunque la sentencia se esfuerza en insistir que la calificación lo es a efectos concursales, no podemos olvidar que son varias las normas que se remiten a la definición de grupo contenida en el art. 42.1 del Código de Comercio y que por tanto habrán de seguir el criterio de grupo ahora establecido por el Alto Tribunal. Sin ir más lejos podemos citar el artículo 61.2 de la Ley de Defensa de la Competencia, el artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores o el propio artículo 18 de la Ley de Sociedades de Capitales, sin olvidar varios de los preceptos de la Ley del Impuesto de Sociedades.

### **2.3.Los grupos de sociedades en el Derecho comparado**

En el derecho comparado son pocos los ordenamientos que ofrecen una definición y regulación de este fenómeno. Resulta interesante el ejemplo de la Unión Europea, en cuyo seno se formó, hace más de treinta años, el propósito de elaborar unas normas específicas sobre los grupos de sociedades, promulgando al efecto dos directivas: una, sobre los aspectos contables, y otra, sobre la vertiente jurídico-material. A estos efectos se promulgó la Directiva 83/349/CEE, de 13 de junio, relativa a las cuentas consolidadas, que fue objeto de recepción legislativa por los diversos países. En España, concretamente, encontramos sus huellas en diversos preceptos, de entre los que destacan los artículos 42 a 49 CCom.

Hubo un intento de directiva sobre el régimen jurídico-material de los grupos, que no llegó a aprobarse. Pese a la importancia del asunto y la necesidad de regulación la UE renunció a

elaborarla en su totalidad, y transfirió a los Estados, sobre la base del principio de subsidiariedad, la competencia legislativa esencial para fijar sus bases fundamentales.

Buena prueba de ello es el «Informe Winter» sobre modernización del Derecho societario en Europa elaborado en 2002 por un relevante equipo de juristas europeos, por encargo de la Comisión. El Informe destacó la necesidad de que la Comunidad se centrara en presentar soluciones que permitieran a las empresas actuar conforme a estándares internacionales y llevar a cabo reestructuraciones empresariales internacionales. Se abogó por la autorregulación, preferencia compartida por los Informes Aldama y Olivencia.

Por lo que respecta a la existencia de grupos de sociedades, este fenómeno fue considerado por el Informe como una realidad económica útil y legítima, oponiéndose, en consecuencia, con carácter general, a cierta corriente de opinión que defendió la supresión del privilegio legal de la responsabilidad basada en el simple hecho de la existencia de grupo.

Destaca en el derecho comparado la regulación de determinados ordenamientos jurídicos en relación con el concepto de Grupo de sociedades, entre otras, destacamos las siguientes.

El artículo 18 de la Ley alemana de las AG (aktiengesellschaft), otorga la noción de grupo de sociedades entorno al concepto único de dirección unificada, distinguiendo entre grupos por subordinación y grupos por coordinación, en base a la existencia o no de una relación de dominio entre las sociedades que lo integran, por lo que el elemento de dependencia se reduce a un simple elemento que caracteriza al tipo de grupo (Fuentes Naharro, 2007).

Por su parte, el derecho positivo portugués no establece una definición de grupo, pero su doctrina ha elaborado un concepto basado en la construcción misma de su régimen. Así, se considera grupo a toda aquella vinculación de sociedades que utilice uno de los instrumentos jurídicos previstos por la norma: contrato de subordinación, contrato de grupo paritario o contrato de dominio total.

En el derecho estadounidense la doctrina a pesar de que históricamente ha vinculado el concepto al elemento de control o dependencia, en la actualidad se niega a sustentar el concepto la sola presencia de dicho elemento invocando la necesaria concurrencia de una política común al conjunto, es decir, la presencia de una dirección unificada o unitaria.

La legislación británica, aunque no aborda de forma expresa esta noción, se refiere a ella de una forma dispar ya que por una parte se hace referencia a la participación societaria de una en otra, pero también lo hace en el sentido de que el control puede tener su origen en cláusulas estatutarias o en un contrato, incluyendo además la expresión “sometimiento a una dirección unitaria” como elemento definidor de la relación matriz-filial.

En el derecho español, el concepto de grupo se encuentra contenido en el actual artículo 42 del CCom y se acerca claramente a la noción germana de grupo, es decir al elemento de la dirección unitaria. En tal escenario, el grupo paritario u horizontal ha encontrado reconocimiento jurisprudencial, desvinculando a la noción de dirección unitaria de la relación de dependencia.

Por último, parece que la Unión Europea tampoco le ha prestado mucha atención a la creación normativa de los grupos de sociedades (de momento los Estados integrantes no se han puesto de acuerdo en plasmar una regulación indicativa en una Directiva), salvo el derecho alemán, que tiene un modelo de regulación muy desarrollado, que los alemanes intentan imponer a los restantes países de la Unión, a lo que estos se resisten.

Su falta de regulación hace que se supla, en los aspectos civiles, a través de los protocolos familiares y los pactos parasocietarios. Si un grupo de sociedades controla directamente el 100 por 100 de todas las sociedades integrantes, la regulación estatutaria de la sociedad dominante o holding complementada con los estatutos de las dependientes, puede suplir, internamente, la falta de regulación, pero en el caso de la existencia de intereses minoritarios externos en alguna

o algunas de las sociedades filiales, la cuestión se complica, ya que existen el interés de gestionar la sociedad filial de acuerdo, exclusivamente con los intereses mayoritarios. Tampoco los tribunales están de acuerdo respecto del tratamiento de estos intereses minoritarios. El derecho español carece de medidas eficaces para atajar estos abusos. La solución ideada en el derecho alemán consiste en ofrecer al socio minoritario de una sociedad que ha sido integrada en un grupo la posibilidad de convertirse en socio de la dominante.

## **2.4.Propuesta de Código Mercantil**

En el horizonte se vislumbra una nueva regulación específica dentro de la propuesta de nuevo Código Mercantil, que introduce novedades significativas en este ámbito, como los requisitos de publicidad e inscripción del grupo, el establecimiento de una compensación a la sociedad dependiente por los posibles perjuicios, así como el reconocimiento del derecho de separación del socio externo en sociedades no cotizadas al integrarse la sociedad en un grupo.

El tratamiento de los grupos de sociedades es una materia muy novedosa en el Anteproyecto. Como ya hemos señalado en este trabajo, en el Derecho español tenemos pinceladas en materia de grupos en distintas leyes (competencia, concursal, mercado de valores, etc.) y en el Código de Comercio(arts. 42 y ss.) hay un régimen de cuentas consolidadas con una sucinta y poco clara definición de los grupos de sociedades.

Los grupos de sociedades se regulan en el capítulo I del Título IX de dicho texto.

El concepto de grupo de sociedades se ha resuelto a favor del criterio del control, como elemento nuclear de los grupos por subordinación o de estructura jerarquizada, con sociedad dominante y sociedades dependientes o dominadas, todo ello de acuerdo con el mismo criterio del actual Código de Comercio. No obstante, no cabe prescindir de la existencia de grupos por coordinación en los que dos o más sociedades independientes actúan bajo una dirección única.



Sigue la exposición de motivos (III-106) que en relación con los grupos de subordinación se han recogido los supuestos del artículo 42 Código de Comercio y se han añadido, como presunciones *iuris tantum* que estaban dispersas, las derivadas de la denominación, documentación y publicidad de la sociedad.

Resuelta así la cuestión central de la estructura y alcance del concepto, el régimen de los grupos de sociedades abarca los aspectos más característicos de la problemática que plantea la vinculación de sociedades, y en especial los deberes de información e inscripción.

Siguiendo la exposición de motivos del anteproyecto (III-108), en el ámbito de las relaciones internas entre las sociedades del grupo, se consagra el principio de que el control legítima en interés del grupo la impartición de instrucciones por parte de los administradores de la sociedad dominante a los de la sociedad o sociedades dependientes, aunque su ejecución pueda causar a éstas un perjuicio que deberá valorarse teniendo en cuenta el conjunto de ventajas y desventajas de la pertenencia al grupo. El perjuicio habrá de ser compensado en tiempo y forma, de modo que la falta de compensación es el presupuesto de la responsabilidad por el daño causado que puede exigirse solidariamente a la sociedad dominante, a sus administradores y, en su caso, a los administradores de la propia sociedad dependiente.

Entrando en el texto de la norma, veamos las principales características de la regulación de los grupos de sociedades en el anteproyecto de Código Mercantil.

Al grupo de sociedades no se le otorga personalidad jurídica distinta de las diferentes sociedades que lo conforman. No debe confundirse esta falta de personalidad del grupo como tal, de la personalidad que tiene la sociedad dominante en los grupos por subordinación.

No se define propiamente dicho el concepto de grupo, sino que la norma determina dos supuestos a cada uno de los cuales les otorga la categoría de Grupo de Sociedades.

Así, cataloga como grupo por subordinación a aquel cuando una sociedad controla a otra o cuando varias sociedades están controladas por una misma persona natural o jurídica, cualquiera que sea el fundamento de ese control.

El otro supuesto viene determinado por los denominados grupos por coordinación, que se dan cuando dos o más sociedades independientes actúan coordinadamente entre sí, bajo una dirección única, por virtud de pactos o contratos entre ellas.

#### **2.4.1. Supuestos de derecho de separación**

La Sección Quinta del anteproyecto de Código Mercantil, es dedicada a los socios externos.

En primer lugar, hace una definición del concepto de socio externo, así, de este modo, tendrán la consideración de socios externos los que no tengan participación, directa o indirecta, en el capital de la sociedad dominante.

Posteriormente, el anteproyecto de Código Mercantil, en sus artículos 291-17 y 291-18, reconoce a su favor un derecho de separación y lo hace en los siguientes supuestos.

##### **2.4.1.1.Derecho de separación por la integración de la sociedad en un grupo**

Se reconoce el derecho a separarse de la sociedad dependiente al socio externo por el hecho de que la sociedad se integre en un grupo de sociedades. Es decir, el presupuesto es la integración en el grupo, la cual se produce, como ya se ha puesto de manifiesto, en los casos del artículo 291-1 ACM (noción de grupo), que han de completarse con las presunciones del artículo 291-3 ACM (presunciones legales de control de una sociedad por otra). Basta con que el socio externo tenga conocimiento de la integración de la sociedad dependiente en un grupo, sin que se requiera, además, que se haya verificado la publicidad del grupo (por

cumplimiento de los deberes de información de la pertenencia al grupo o de inscripción de las sociedades que integran ex artículos 291-6 y 291-7 ACM).

Este derecho de separación del socio externo se configura como un derecho mínimo de tal socio, pues no se requiere titular un determinado porcentaje del capital social para su ejercicio (artículo 291-16.1 ACM).

El plazo para ejercer el derecho de separación es de tres meses, plazo que se computa desde que se haya constatado la primera de estas dos circunstancias: la publicación de la integración de la sociedad en la Boletín Oficial del Registro Mercantil o que el socio hubiere tenido conocimiento, por cualquier otro medio, de la integración de la sociedad dependiente en un grupo (artículo 291-16.2 ACM).

El socio externo que se separe tendrá derecho a obtener el valor razonable, a la fecha en que se hubiere producido la integración, de las acciones o participaciones de que fuere titular en la sociedad dependiente. De este importe habrán de deducirse las cantidades que, en concepto de dividendos o de devolución de aportaciones, hubiere percibido con posterioridad a la integración de la sociedad dependiente en el grupo (artículo 291-17.3 ACM). Aunque la normativa proyectada no realice ninguna remisión expresa, habrán de entenderse aplicables las demás normas que regulan la separación del socio en cuanto sean compatibles (contenidas en el Título IX LSC y en el Capítulo I del Título VII ACM).

#### **2.4.1.2.Derecho de separación por perjuicio a la sociedad dependiente sin compensación**

El segundo de los supuestos de ejercicio del derecho de separación del socio externo hay que ponerlo en relación con las normas relativas al ejercicio del control y de la responsabilidad (artículos 291-9 a 291-13 ACM), por cuanto las mismas regulan como presupuesto de la responsabilidad en los grupos de sociedades la existencia de instrucciones impartidas por los

administradores de la sociedad dominante que hayan causado un perjuicio no compensado adecuadamente en el patrimonio de la sociedad dependiente.

El artículo 291-17 ACM prevé el derecho de separación del socio externo cuando la sociedad dominante hubiere causado un perjuicio a la sociedad dependiente, si ésta no hubiere recibido una compensación adecuada. Son extrapolables aquí las mismas consideraciones que se han hecho con anterioridad, en relación con los presupuestos de la responsabilidad solidaria de la sociedad dominante, de sus administradores y de los administradores de la sociedad dependiente.

En este caso el plazo es de un año a contar desde que el socio externo hubiera conocido o hubiese debido conocer la existencia del perjuicio, no compensado adecuadamente, sufrido por la sociedad dependiente (artículo 291-17.2 ACM). Con independencia de que el socio externo tenga conocimiento de tal perjuicio por cualquier otro medio, el *dies a quo* para computar el plazo no podrá pretenderse que sea posterior al momento en que se hayan aprobado las cuentas anuales de la sociedad dependiente, pues uno de los documentos que serán sometidos a la aprobación de los socios en esa junta general será el informe de gestión en el que se indique la causa y, en su caso, la cuantía real o estimada del perjuicio ocasionado a la sociedad dependiente por la ejecución de las instrucciones impartidas por los administradores de la sociedad dominante y las condiciones de la compensación, si la hubiere (artículo 291-11 ACM).

Se aplican las mismas reglas que en el supuesto anterior en relación al importe que tiene derecho a percibir el socio externo que se separa, aunque con dos diferencias provocadas por las características del supuesto de hecho: de una parte, que la valoración de las acciones o participaciones se realizará a la fecha en que se hubiere causado el perjuicio sin compensación adecuada; y, de otra, que deben deducirse también (además de las cantidades percibidas por el socio externo en concepto de dividendos o de devolución de aportaciones) las cantidades que, en concepto de compensación parcial, “hubiere podido” percibir la sociedad. Esta última expresión no es afortunada, pues parece decir (aunque creamos que no es así) que se deben descontar aunque no las hubiere percibido efectivamente. Hubiera sido mejor la expresión “hubiere percibido” la

sociedad. Por otra parte, no entendemos por qué han de deducirse las cantidades que la sociedad dominante hubiere pagado a la dependiente como compensación parcial, ya que son cantidades que percibe la propia sociedad filial y no el socio externo. Y se presupone que han compensado un perjuicio patrimonial que ha sufrido la sociedad dependiente, así que parece razonable que sean tenidas en cuenta para fijar el valor de la participación del socio que se separa (el perjuicio sigue existiendo, porque la compensación es parcial y, precisamente, esta circunstancia justifica el ejercicio del derecho de separación).

### **3. El interés del grupo de sociedades**

#### **3.1. Concepto y legitimación del interés del grupo de sociedades**

Asumida sea la afirmación de que el grupo, por razón de la dirección unificada, deviene una empresa única y, por tanto, una ordenación de factores productivos para intervenir en el mercado con ánimo de lucro u obtención de beneficio y asumido que se tratará de una empresa plurisubjetiva, en la que diversos sujetos independientes se coordinan para el alcance o consecución de ese objetivo, el interés del grupo se identificará con el interés de la empresa grupal, con la maximización de su beneficio. De esta suerte, el interés del grupo puede en ocasiones exigir el sacrificio del interés particular de una de las sociedades agrupadas, en la medida en que con ello se responda al interés colectivo.

En consecuencia, el estudio del concepto de interés del grupo encuentra su justificación en la necesidad de dar respuesta a la situación de colisión de intereses que se produce en el seno del grupo de sociedades.

El interés propio de la empresa de grupo o «interés del grupo» es el elemento que identifica conceptualmente la labor de dirección o administración del grupo (Fuentes Naharro, 2007: 276) y lo hace desde una vertiente doble: «positiva» o ejerciendo una función de legitimación, en tanto permite el ejercicio de esa dirección unitaria, y «negativa» o ejerciendo una función

limitadora, en tanto se convierte en el límite implícito al ejercicio de esa dirección unitaria (Fuentes Naharro, 2007: 188).

De este modo, cuando una sociedad forma parte de un grupo, en el ámbito empresarial, el criterio que informa la actuación de su órgano de administración deja de ser el interés social propio y pasa a ser el interés colectivo de grupo, que es el que debe ser satisfecho. Esta trascendencia del interés del grupo permite a la instancia que dirige el grupo impartir instrucciones (Fuentes Naharro, 2007: 97) vinculantes a las sociedades agrupadas.

Las instrucciones impartidas por quien ejerce la dirección del grupo dentro del ámbito de aquel interés son de obligado cumplimiento para los órganos de administración de las sociedades de grupo, incluso aunque su ejecución cause desventajas a estas últimas (Embido Irujo, 1987: 253). Tal circunstancia conduce a confirmar la legitimidad plena de la consecución del interés propio de la empresa de grupo, al trascender este interés los intereses sociales propios de las sociedades que la integran.

El problema del grupo en Derecho español se concreta en la dificultad de poder legitimar la actuación del conjunto de las sociedades que lo forman en orden a la consecución del interés común o *interés del grupo*, máxime cuando alguna de estas pudiera resultar perjudicada a consecuencia de una instrucción perjudicial, produciéndose conflicto de intereses en su seno: el del grupo de sociedades como *empresa plurisocietaria* y el de la sociedad individual. Es por ello que la verdadera problemática del fenómeno no subyace tanto en declarar legítimo, o no, el ejercicio de ese poder de dirección externo a la sociedad, como en admitir que tal poder se dirija a la consecución de un *interés distinto* –el interés del grupo– que en algunas ocasiones será contrario al interés individual de las sociedades agrupadas (Fuentes Naharro, 2007: 134).

La interpretación del interés del grupo como común permite indicar que, este interés no se encuentra en una relación jerárquica con el interés empresarial de las sociedades agrupadas, dado que se refiere al grupo conformado por el conjunto de varias sociedades, y que coincide

con el fin económico que se persigue por aquellas. Se excluye la existencia de un interés del grupo que se considere distinto y superior del interés económico de las sociedades unificadas, de manera que, sin perjuicio de que el grupo no está dotado de personalidad jurídica (Serrano Cañas, 2006: 464), su existencia implica el reconocimiento de un centro de imputación inmediata del interés cuya titularidad mediata corresponde a las sociedades agrupadas. Se trata únicamente de diferenciar posiciones, sin establecer jerarquía alguna entre ellas. Así, el interés del grupo representa el parámetro de comportamiento al que ha de adecuarse la actuación gestora y económica de las sociedades que forman el grupo, incluida la sociedad dominante en los grupos jerárquicos. Es cierto que en los grupos jerárquicos, en la determinación del interés del grupo, influye sensiblemente la sociedad dominante, ya que la dirección económica unitaria es formulada por dicho miembro del grupo. Sin embargo, el interés del grupo no se identifica con el interés de la sociedad dominante, porque como se ha indicado el interés del grupo se adscribe, de forma inmediata, a la empresa conformada por el conjunto de diversas sociedades (Embid Irujo, 1987: 252).

Definido el interés del grupo con los aspectos que le caracterizan, ello conlleva la legitimidad plena de su consecución, en el sentido de que las instrucciones que imparta la dirección unitaria serán vinculantes o de obligado acatamiento para los órganos de administración de las sociedades componentes del grupo, incluso en detrimento del interés social individual de estas. Esta es la consecuencia de la prioridad que recibe el interés del grupo, que en caso de colisión con el interés social individual de cada sociedad agrupada, se impone a los administradores condicionar o desplazar la realización del interés de su sociedad en el tiempo a cambio de la realización inmediata del interés del grupo.

### **3.2.Operaciones vinculadas.**

Las operaciones vinculadas son aquellas que se realizan entre personas físicas o jurídicas entre las cuales existe un determinado grado de vinculación entre ellas, ya sea porque pertenecen a un mismo grupo empresarial, comparten administradores, tienen accionistas comunes, o porque existe una relación familiar de primer o segundo grado entre las personas que realizan la operación.

El pasado 3 de mayo, entró en vigor la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, introduciendo, entre otras, un nuevo artículo 231 bis relativo a las operaciones intragrupo.

Con carácter previo, es necesario aclarar que dicha regulación no se aplica a las operaciones que realice una sociedad:

- (i) con su sociedad matriz propietaria del 100% de su capital social, o
- (ii) con una sociedad filial íntegramente participada de forma directa o indirecta, o
- (iii) con una sociedad íntegramente participada por la sociedad matriz de forma directa o indirecta, puesto que, dichas operaciones no están sujetas, por definición, a conflicto de interés.

El nuevo artículo 231 bis de la Ley de Sociedades de Capital se aplica a las operaciones que realice una sociedad con su sociedad dominante o con otras sociedades del grupo sujeta s a conflicto de interés.

De este modo, el órgano competente para aprobar la operación, será:

- La Junta General: cuando la operación esté reservada por Ley a su competencia, y en todo caso, cuando el valor de la operación o el importe total del conjunto de operaciones previstas en un acuerdo o contrato marco sea igual o superior al 10% del activo total de la sociedad.



- Órgano de Administración: que se considerará competente para el resto de las operaciones.

La aprobación podrá hacerse con la participación de los administradores que estén vinculados y representen a la sociedad dominante. Ahora bien, si el voto de tales administradores fuese decisivo para la aprobación de la operación, impugnado el acuerdo en sede judicial, corresponderá a la sociedad y, en su caso, a los administradores afectados por el conflicto de interés, probar que el acuerdo es conforme con el interés social y que emplearon la diligencia y lealtad debidas, en caso de que se exija su responsabilidad.

### **3.3.Las instrucciones perjudiciales**

#### **3.2.2. Concepto y objeto**

Será perjudicial aquella instrucción que impartida por la matriz provoque una disminución efectiva o un peligro real para el patrimonio de la sociedad filial afectada, siempre y cuando se emita en interés del grupo. En sentido amplio, ha de entenderse por instrucción cualquier medida adoptada por la sociedad matriz mediante la cual quiere influir e influye en la gestión de la sociedad filial, incluyendo no solo las instrucciones en sentido estricto (órdenes), sino también cualquier otro tipo de declaración de voluntad de la matriz (consejos, directivas, recomendaciones, etc.) en virtud de las cuales la sociedad filial se vea obligada a modificar su comportamiento adecuándolo a las directrices de la matriz (De Arriba Fernández, 2004: 247). Una instrucción perjudicial es aquella que obliga a tomar una serie de medidas que un administrador de una sociedad independiente que actuara diligentemente en interés de su sociedad no adoptaría. Estas instrucciones se materializarán, habitualmente, en la celebración de negocios jurídicos o en la adopción de determinadas medidas o actos por la sociedad filial, -ya se trate de un comportamiento activo o pasivo- (De Arriba Fernández, 2004: págs.. 403-404).

Así, en determinadas ocasiones, la realidad del tráfico impone que sea necesario llevar a cabo un acto perjudicial para una de las sociedades del grupo si este acto trae como resultado un beneficio mayor para el conjunto de la empresa plurisocietaria. Se plantea entonces la cuestión de si al amparo del interés del grupo –tácitamente reconocido en nuestro ordenamiento- es legítimo que la dirección unitaria del grupo imparta instrucciones que se traduzcan en actos perjudiciales para alguna de las sociedades integrantes. La cuestión no es sencilla si se tiene en cuenta que las instrucciones perjudiciales plantean un problema de conflicto de intereses al colisionar con el deber de fidelidad de los administradores de la sociedad que las reciben.

Ante la problemática del conflicto de intereses, y a falta de un régimen jurídico ad hoc que lo resuelva, la mayoría de la doctrina ha concluido que la legitimidad del grupo de sociedades se dará en tanto no vulnere el ordenamiento societario vigente (Girgado Perandones, 2001: 277).

La consecución del interés del grupo no puede perjudicar el interés particular de ninguno de sus miembros, por lo que sus efectos deberán ser positivos o, cuando menos, neutros para el interés particular de cada una de las sociedades integradas en él. Por más que se apele al interés del grupo, no resulta justificado que en el derecho español se pueda perjudicar a una sociedad sin una efectiva compensación.

### **3.2.3. Su licitud en el seno de los grupos de sociedades**

El ejercicio de la dirección unitaria se caracteriza en los grupos fácticos por el hecho de que no ha sido consentida por la sociedad filial en virtud de un contrato de grupo. Más concretamente, el establecimiento de la dirección unitaria no ha sido acordado, en el sentido de que no ha mediado entre las sociedades agrupadas ningún pacto que otorgue a una el derecho

de impartir instrucciones, ni a otra la obligación de dar fiel cumplimiento a esas instrucciones aun siendo perjudiciales.

Esto significa que las instrucciones perjudiciales emitidas en el seno de los grupos fácticos revisten un carácter muy especial en la medida que exteriorizan de modo notorio el conflicto grupal paradigmático y que no es otro que la convivencia del interés del grupo y de los intereses particulares de las sociedades filiales. En el caso de los grupos fácticos, la primacía del interés grupal frente al interés social particular no está específicamente reconocida por un instrumento contractual suscrito por las sociedades agrupadas, sino que la misma tiene su origen en la legitimidad general que nuestro ordenamiento confiere a los grupos de sociedades.

Ahora bien, nuestro ordenamiento jurídico no instaura de forma específica ningún mecanismo paliativo de los efectos perjudiciales que tal reconocimiento puede provocar, o provoca, en las sociedades agrupadas y en los terceros afectados por el vínculo grupal. En consecuencia, se plantea el problema de la licitud de las instrucciones perjudiciales en el ámbito de los grupos fácticos.

En los grupos fácticos, el poder de dirección no está reconocido legalmente ni en consecuencia la posibilidad de impartir instrucciones perjudiciales cuando así lo requiera el interés del grupo. Nos encontramos, por tanto, en una tesitura muy similar a la descrita en su momento para las injerencias externas negativas vigente la relación de dependencia, pero con un ingrediente añadido de suma importancia que puede alterar de algún modo las conclusiones apuntadas entonces y que pueden resumirse en la llamada prohibición de perjuicio. La sociedad dominante está vinculada por el respeto al interés particular de la sociedad dependiente, lo que se traduce en la llamada prohibición de perjuicio. Esta última significa que aquélla no puede ejercer su influencia dominante de modo que produzca un perjuicio a su dependiente porque en la relación de dependencia no existe un interés distinto al de la dependiente digno de protección, apelando al cual esté permitido causar un daño patrimonial.

La cuestión que debemos determinar es si en los grupos fácticos el interés grupal es digno de protección, es decir, si cabe hablar de primacía del interés grupal frente al interés particular de las sociedades agrupadas. Una respuesta afirmativa a esta cuestión legitimaría el empleo de las instrucciones perjudiciales siempre y cuando sirvieran a dicho interés grupal. En caso contrario, esto es, si el interés grupal en los grupos fácticos no merece ser tomado en consideración, las instrucciones perjudiciales habrán de correr idéntica suerte a las injerencias externas negativas en la relación de dependencia: su ilicitud.

### **3.3. La doctrina de las ventajas compensatorias**

La llamada doctrina de las ventajas compensatorias que legitima la causación de un perjuicio a una sociedad integrada en un grupo siempre que de la operación se derive un beneficio para el conjunto y la sociedad perjudicada sea efectivamente compensada por la desventaja sufrida. Ello supone que debe hacerse un balance entre los sacrificios y ventajas que la pertenencia al grupo supone para esa sociedad. Aunque en la aplicación de la doctrina de las ventajas compensatorias se sigue examinando si el interés de la sociedad filial se ve perjudicado, lo determinante es que se realiza una valoración distinta sobre el respeto a ese interés, teniendo en cuenta no a la filial aisladamente, sino, al conjunto de relaciones en que se halla involucrada, es decir, se atiende a un interés que le trasciende, que es el del grupo.

Para que la doctrina resulte aplicable habrían de cumplirse determinados requisitos:

- i. Ha de tratarse de una operación resultado de una política de grupo y realizada en interés del grupo,
- ii. Debe de preverse una compensación adecuada, y
- iii. El acto perjudicial debe respetar la supervivencia de la sociedad, es decir, esa instrucción o acto no podrá ser determinante de que la sociedad quede en estado de insolvencia, (Fuentes Naharro, 2007: 152).

Aunque la doctrina de las ventajas compensatorias no es desconocida en nuestro derecho proyectado, pues su aplicación ya fue planteada e incluida en Anteproyecto de Código Mercantil, se plantea si esta teoría es aplicable en nuestro ordenamiento sin necesidad de una reforma legislativa. La aplicabilidad de esta teoría en nuestro Derecho de sociedades podría contar principalmente con dos obstáculos:

- i. La prohibición de la *compensatio lucri cum damno* ex artículo 1686 del Código Civil.
- ii. El deber de fidelidad del administrador; sin embargo, quien se ha ocupado de estudiar la cuestión no ha encontrado óbice a que ésta se aplique *lege lata* en nuestro ordenamiento.

Por lo que respecta a la primera cuestión, ha de entenderse que la desventaja no es un daño o un perjuicio, si no un valor de contraprestación. De este modo, sólo cuando la desventaja no se compensada en tiempo y forma oportuna, se considerará que se ha ocasionado un daño, y, el deber jurídico de compensación se transformará en una obligación de indemnizar por los perjuicios causados. El otro gran obstáculo, el deber fidelidad que recae sobre el administrador de la sociedad filial que ha de acatar la instrucción perjudicial quedaría salvado al reinterpretar el principio de interés social de un modo más amplio, considerando que tal interés debe de ser concebido como un interés consciente de su necesaria coordinación con un interés global de la empresa que constituye el grupo. Así, la contradicción que supone el enfrentamiento del interés social que cada sociedad del grupo persigue y los sacrificios que le son exigidos en nombre del interés común, es superada a través de la disociación temporal de la noción de interés social, puesto que si la sociedad comete un acto contrario a su interés social inmediato a favor de interés del grupo está, en realidad, persiguiendo su interés social propio en la medida en que puede razonablemente atender una contrapartida futura por este sacrificio.

Aun habiendo sido identificada la teoría de las ventajas compensatorias como la solución idónea al conflicto de intereses intragrupo, no existe en la doctrina, jurisprudencia y legislación comparada consenso en torno a lo que se debe considerar una adecuada compensación. En términos generales, distinguimos dos corrientes:

- La teoría cuantitativa.
- La teoría cualitativa, caracterizada por una mayor flexibilidad.

### **3.3.1. La teoría cuantitativa**

La posición cuantitativa, paradigmática del ordenamiento alemán, requiere que el otorgamiento de la ventaja deje a la sociedad como si nunca la hubiesen sufrido desventaja alguna, lo que exige que el perjuicio se compense por completo y, si no de forma simultánea, sí muy cercana en el tiempo. Esta posición ha sido objeto de críticas al entenderse que exigir una rígida identificación cuantitativa entre ventaja y desventaja significa desconocer la realidad del grupo, pues, subordinar la legitimidad de la consecución del interés del grupo a la obtención de un resultado económico equivalente al que se habría obtenido de haber sido la sociedad independiente refleja la idea tradicional de que el interés del grupo se justifica en tanto haya una ausencia de perjuicio para la filial.

### **3.3.2. Teoría cualitativa**

La postura que defiende una compensación cualitativa parte de una concepción en la que prima el funcionamiento del grupo como empresa en la que cada sociedad (filial) en él integrada no es sino una pieza más destinada a favorecer la riqueza del conjunto. Esta postura se basa en un procedimiento valorativo asentado en la racionalidad, coherencia y eficiencia del acto, aun cuando sea perjudicial para la filial si genera una ventaja económica general al grupo a medio y largo plazo, y de la cual razonablemente, puede derivar una ventaja para la sociedad

filial en cuestión, y ello aun cuando sea en planos o en momentos distintos respecto de aquel en que tuvo lugar la operación, y también, según un parámetro no rígidamente proporcional ni necesariamente cuantitativo (Fuentes Naharro, 2007: págs.. 173-174).

Ahora bien, quien defiende la aplicabilidad de la doctrina de las ventajas compensatorias basada en una valoración cualitativa de la compensación no por ello deja de considerar que aquella compensación, aunque no sea cuantitativa, sí debe ser proporcional, ya que únicamente la relación proporcional entre ventajas y desventajas convertirá la compensación en adecuada y justificará la adopción por parte de la sociedad de grupo de medidas desventajosas para su propio interés. La compensación también debe ser cierta, es decir, que no sea hipotética o virtual.

#### **3.4. Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015.**

La Sentencia del Tribunal Supremo número 695/2015, de 11 de diciembre [RJ 2015, 5440], desestima el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona n.º 264/2013, de 21 de junio (AC 2013, 1513), e introduce importantes precisiones en relación a la necesaria ponderación del “ interés de grupo ” en los casos de pertenencia de varias sociedades al mismo grupo, cuando se produzcan conflictos entre el interés de grupo y el interés social particular de cada sociedad filial. La resolución corrobora el criterio de la Audiencia y manifiesta que:

*“El interés del grupo no justifica, sin más, el daño que sufra una sociedad filial y que puede repercutir negativamente tanto en sus socios externos, que ven como se reduce injustificadamente el valor de su participación en el capital social, como en sus acreedores, que pueden ver frustrada la satisfacción de sus créditos contra la sociedad por la disminución injustificada del patrimonio social. El interés del grupo no es un título que justifique por sí solo el daño causado a la sociedad filial” .*

El Alto Tribunal facilita en esta resolución los parámetros que habrán de emplearse en el enjuiciamiento de actuaciones que pudieran ser perjudiciales para una sociedad integrante del grupo pero beneficiosas para éste en su conjunto. Para ello propone acudir a la técnica de las ventajas compensatorias, que ha de permitir alcanzar el equilibrio entre los dos intereses en liza –el interés de grupo y el interés particular de la sociedad filial–. Como límite concreto del interés del grupo, la sentencia (RJ 2015, 5440) se refiere a la pervivencia de la sociedad filial, dado que “ *nunca puede estar justificada una actuación en beneficio del grupo que suponga poner en peligro la viabilidad y solvencia de la sociedad filial, con el perjuicio que ello puede suponer para los socios externos y los acreedores* ”.

Los antecedentes aparecen detallados en el fundamento jurídico primero de la Sentencia y el hecho principal que debe subrayarse es que en el marco de un grupo de sociedades se llevó a cabo la transmisión o traspaso de clientela desde una sociedad a otra. Ambas sociedades pertenecían a un mismo grupo de estructura horizontal, en cuyo seno ya se había ejecutado anteriormente un traspaso similar entre otras sociedades.

Para justificar ese traspaso se invocó la concurrencia de un interés del grupo. La ejecución de esa operación llevó a uno de los socios de la sociedad cedente a plantear en su junta general el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra sus administradores (que también eran socios). Rechazado el ejercicio de la acción por la propia sociedad, fue el socio proponente el que interpuso la correspondiente demanda de acción social que llevó a una Sentencia desestimatoria de la demanda dictada por el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona.

El recurso de apelación fue parcialmente estimado por la Audiencia Provincial de Barcelona. De nuevo a partir del resumen que contiene la Sentencia del Tribunal Supremo, cabe destacar que la Sentencia de la Audiencia Provincial contó con el voto particular de uno de los miembros del Tribunal y, en lo que me parece especialmente significativo al analizar el caso, que son varios los aspectos en donde la valoración de la prueba por parte del Tribunal es



contraria a la practicada por el Juez de lo Mercantil. El Tribunal barcelonés entendió acreditado el daño derivado de la transmisión de clientela, que no consideró compensado por determinadas ventajas derivadas de la pertenencia al mismo grupo que la sociedad beneficiaria de esa transmisión y condenó al administrador. Este criterio fue compartido por el Tribunal Supremo al resolver el correspondiente recurso de casación. El párrafo conclusivo de su razonamiento jurídico confirmó la responsabilidad del administrador demandado y responsable de la decisión cuestionada: *“En el presente caso, la actuación del administrador demandado, al desviar a otra sociedad del grupo la mayor parte de la clientela que había logrado captar la sociedad de la que era administrador, no solo ha provocado un daño patrimonial claro a dicha sociedad, sino que ha puesto en serio peligro su viabilidad y solvencia, al provocar que la sociedad haya entrado en pérdidas de cuantía considerable durante los ejercicios siguientes a la actuación cuestionada, lo que puede dar lugar a la desaparición de la sociedad, en vez de haber procedido en su momento a realizar una disolución y liquidación ordenada que hubiera respetado el derecho a la cuota liquidativa del socio”*.

#### **4. El interés del socio externo**

##### **4.1.Noción de socio externo**

Desde hace varios años reconocidos autores vienen criticando la orientación exclusivamente tuitiva que se otorga al régimen jurídico de los grupos por entender que la complejidad del fenómeno exige abarcar también sus aspectos organizativos, pero lo cierto es que esa perspectiva tuitiva sigue predominando.

La preocupación de los legisladores, jueces y doctrina científica se ha centrado de forma casi exclusiva, desde la perspectiva societaria, en la construcción de medidas que tutelen el patrimonio de las sociedades filiales dominadas (integradas en grupos jerárquicos) y de los

intereses más vulnerables que se hallan vinculados a ellas, principalmente los denominados socios minoritarios o «externos» y los acreedores.

PAZ-ARES recuerda que, en los grupos de sociedades, suelen confluír socios de control – cuyo objetivo es la maximización del interés del grupo– y socios externos –interesados en rentabilizar el rendimiento de la sociedad–.

Tradicionalmente han sido reputados “ socios externos ” únicamente aquellos socios de la sociedad dependiente que no pertenecían de forma directa ni indirecta al “círculo de control del grupo” y así tenían tal consideración los socios apartados de la gestión, cuyo interés consistía en maximizar el rendimiento de la sociedad en la que realizaron sus inversiones. No quedaban pues comprendidos en este concepto aquellos socios minoritarios de la sociedad dominante del grupo, aunque no perteneciesen al mencionado “círculo de control”.

Sin embargo, la doctrina autorizada defiende la superación de esta acepción tradicional y sugiere una interpretación extensiva de la noción de “socio externo”, en la que queden comprendidos no sólo los socios minoritarios de las sociedades dominadas del grupo, sino también los socios de la matriz que escapen al “ círculo de control del grupo” (Fuentes Naharro, 2008: págs. 1009-1029). En coherencia con esta propuesta interpretativa, se sugiere que los socios minoritarios de la matriz han de contar con idénticos mecanismos tuitivos a los que se reconocen a los minoritarios de las sociedades dominadas del grupo, por cuanto es innegable que su posición jurídica puede verse afectada por la operativa propia del grupo. En efecto, la integración de la sociedad en un grupo conlleva una “sensible distorsión” del modelo organizativo clásico de la sociedad, dado que pasa a ser determinante y primordial el papel del órgano de administración, con el consiguiente desplazamiento de la Junta General como órgano soberano.

En el artículo 291-15 del Anteproyecto de Código Mercantil se suministra una definición de “socio externo” en la que este concepto se circunscribe a los socios de las sociedades dependientes del grupo, pues se establece que “en las sociedades dependientes se consideran socios externos los que no tengan participación, directa o indirecta, en el capital de la sociedad dominante”. La redacción del precepto ha merecido críticas por parte de quienes sugerían una noción en la que se hubiese introducido como elemento delimitador el interés en la entidad dominante (Embid Irujo 2018: 37).

#### **4.2. Análisis de las distintas medidas para la protección del socio externo**

El derecho de separación se concibe como un mecanismo para la tutela del socio, que le permite darse de baja de forma voluntaria de la sociedad, previa concurrencia de una de las causas previstas legal o estatutariamente. La doctrina se ha referido a la legítima aspiración del socio a recuperar su inversión y desvincularse de la compañía, aunque se reconoce el potencial menoscabo que el ejercicio de este derecho podría causar al interés colectivo, representado por la sociedad (Cabanas Trejo & Bonardell Lenzano, 1998: págs.. 18-21).

Tanto la separación como la exclusión de socios permiten entregar al socio actual el valor patrimonial equivalente a su cuota de socio y, desde esta perspectiva, se presenta como una suerte de liquidación parcial anticipada: coinciden la separación y la exclusión del socio en la generación de la obligación a cargo de la sociedad de restituir al socio el valor razonable de sus acciones o participaciones, debiendo fijarse el valor de reembolso que ha de valorarse de conformidad con el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

Un sector de la doctrina ha acometido el estudio del derecho de separación dentro del ámbito de los recursos jurídicos con los que cuenta el socio minoritario para combatir la opresión. Se afirma que, en nuestro Derecho de Sociedades, el derecho de separación constituye un mecanismo eficiente ante los supuestos graves de opresión de la minoría, pues

permite la salida del socio a cambio de un valor razonable y mantiene vivo el vínculo social (Curto Polo, 2019: 251). Esta configuración del derecho de separación del socio como un mecanismo apto para proteger al minoritario frente a la opresión cuenta con importantes precedentes en el Derecho inglés y en el Derecho de obligaciones suizo y, en lo que atañe a nuestro Derecho general de sociedades, se ha querido ver una expresión de este recurso frente a la opresión en el artículo 15, apartado 2, de la Ley 2/2007, de Sociedades Profesionales (Vázquez Lépinette, 2007: 108).

En esta línea, también se sostiene que el derecho de separación concede protección a la minoría ante una variación de las circunstancias en las que se incorporó a la sociedad, con las que no se muestra conforme. Estas alteraciones son fruto de las decisiones adoptadas por la mayoría y deben conllevar, para que tenga lugar la activación del derecho de separación, un cambio esencial o relevante en el “escenario societario interno”. Desde esta perspectiva, más amplia, algunos autores sostienen que el derecho de separación no obedece actualmente a un criterio único –identificado con la necesidad de otorgar al minoritario un camino de salida para el caso de adopción de determinados acuerdos o acaecimiento de ciertos hechos-, sino que puede responder a diversas finalidades, cuyo factor común está constituido por la pérdida de la condición de miembro de una sociedad de capital por parte de quien lo ejerza (Rodas Paredes, 2013: 34).

El principal riesgo que entraña una configuración excesivamente amplia de este derecho es la descapitalización de la sociedad, en la medida en que el reembolso o consignación del importe de las participaciones o acciones del socio afectado conlleva la reducción del capital social y la amortización de las acciones o participaciones que aquél ostentaba, salvo que la Junta General haya autorizado su adquisición por la sociedad. Desde esta perspectiva se comprende el carácter disuasorio que tiene este derecho para la mayoría, pues su ejercicio puede afectar a la supervivencia de la sociedad, si existen dificultades para hacer frente al

reembolso al socio separado del valor razonable de sus acciones o participaciones (Rodas Paredes, 2013: 29).

Sentado lo anterior, parece oportuno aclarar que el presente trabajo no tiene como propósito acometer el estudio completo y sistemático del derecho de separación del socio. En las próximas páginas se pretende abordar el estudio de este remedio legal como instrumento idóneo para combatir, en determinados supuestos específicos, la opresión de los socios minoritarios. Este planteamiento ha de tomarse como punto de partida para comprender tanto los problemas que se enuncian como las soluciones que se proponen para solventarlos: así se toma razón del título elegido para este trabajo, ya que en él se han seleccionado varios supuestos en los que se comprueba con relativa facilidad que el derecho de separación puede actuar como un recurso jurídico sumamente útil para la tutela del socio minoritario.

#### **4.2.1. Derecho de separación por integración de la sociedad como dominante del grupo.**

El artículo 346 LSC establece las causas legales de separación del socio. Sin perjuicio de ello, el artículo 347 LSC nos ofrece la posibilidad de ampliar este listado, pues dispone que los estatutos podrán establecer causas de separación distintas de las contempladas en la Ley: para su incorporación a los estatutos, modificación o supresión será necesario el consentimiento de todos los socios. En consecuencia, esta sería la forma efectiva de recoger un derecho de separación del socio por justos motivos, lo que será especialmente útil para aquellos casos en que se aprecie un ejercicio abusivo del poder la mayoría. Algunos autores han propuesto esta solución a las situaciones de cautividad social que puede vivir el minoritario como consecuencia de la actuación de la mayoría, en particular, cuando se produce una negativa reiterada al reparto de ganancias sociales (Bataller Grau, 2016: 22).

Como veremos, por esta vía sería posible reconocer un derecho de separación al socio externo en caso de integración de la sociedad en un grupo aunque ello exigirá, según la tesis

mayoritaria, que se recabe el consentimiento de todos los socios, pues a la concurrencia de este requisito queda supeditada la previsión en los estatutos sociales de motivos de separación diversos de los legalmente previstos.

La doctrina y la jurisprudencia han cuestionado la licitud de las cláusulas estatutarias de separación *ad nutum* que, a diferencia de la “justa causa” como causa de separación del socio que podría establecerse por vía convencional, permitiría reconocer este derecho sin necesidad de alegar y probar la presencia de una causa que legitime para su ejercicio. La doctrina advierte del riesgo que entraña una configuración excesivamente amplia del derecho de separación por el cauce del artículo 347 de la Ley de Sociedades de Capital y así se afirma que podría peligrar la viabilidad económica de la sociedad, sometida a un constante proceso de descapitalización en detrimento de los intereses de terceros y de la propia conservación de la empresa. Incluso se llega a dudar de la legalidad de un derecho de separación *ad nutum* en nuestra actual legislación societaria y para ello se dan razones conectadas con el principio de estabilidad del capital social, la contravención del artículo 1256 CC y, en las sociedades de responsabilidad limitada, la superación del límite contemplado en el artículo 108.3 de la Ley de Sociedades de Capital.

La Sentencia del Tribunal Supremo número 796/2011, de 15 de noviembre [RJ 2012, 1492], examina la licitud de las cláusulas estatutarias que permiten al socio separarse de la sociedad por su voluntad unilateral y reconoce la validez de una cláusula que reconoce el derecho de salida del socio configurado como una separación *ad nutum*. La Sala Primera parte de la literalidad del precepto para concluir que son admisibles las causas estatutarias de separación por la decisión unilateral del socio y rechaza la contravención de la previsión general contenida en el artículo 1256 del Código Civil. En estos términos se expresa el TS:

*“La admisión de las cláusulas de separación ad nutum no supone vulneración de lo previsto en el artículo 1256 del Código Civil, ya que no deja al arbitrio de uno de los socios*

*la validez y eficacia del contrato de sociedad, dado que se limitan a facultar al socio, no ya por el contrato de sociedad, sino por los estatutos, para el ejercicio del derecho potestativo unilateral de separarse de un contrato de duración indefinida, se declaró en la sentencia 428/2002 de 3 de mayo (RJ 2002, 3673) , en tesis aplicable para la decisión de la presente controversia, si bien dictada en aplicación de la Ley de 17 de Julio de 1953 (RCL 1953, 909, 1065) , que "no existe fundamento ni causa que lo justifique, para entender prohibido o «contra legem» que en un contrato de duración indefinida, se fijen en los estatutos sociales, a parte de la obligación de la permanecida en la sociedad durante un plazo o período determinado, en este caso, el de tres años, a partir del cual, tanto puede disolverse la sociedad, como separase alguno de los socios permaneciendo la misma entre los socios perseverantes; facultad, que esta otorgada a cualquiera de los socios de la sociedad, por lo que no se puede decir como se sostiene por la parte recurrente que las disposiciones de los artículos del estatuto, faltan por una parte a lo dispuesto en el art. 1256 del Código Civil de dejar al arbitrio o voluntad de uno de los contrates la validez y cumplimiento del contrato."*

En la posterior Sentencia del Tribunal Supremo número 216/2013, de 14 de marzo [RJ 2013, 2421], la Sala Primera ha reconocido la validez de una cláusula estatutaria que permita la separación *ad nutum* del socio que ha de prestar servicios profesionales a la sociedad limitada constituida por tiempo indefinido e invoca lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, que faculta a los socios profesionales para separarse de la sociedad constituida por tiempo indefinido en cualquier momento. En esta resolución, el Tribunal Supremo considera que la sociedad profesional regulada en esta Ley presenta unas características de sociedad cerrada y personalista similares a los de la sociedad limitada con prestaciones accesorias consistentes en la prestación de servicios profesionales; por su parte, el socio profesional de una sociedad de esta clase presenta también similitudes con el socio de

la sociedad limitada obligado a prestar servicios profesionales a ésta en virtud de las prestaciones accesorias que gravan sus participaciones sociales.

Menos dudosa es la admisibilidad de un motivo de separación amparado en una “ justa causa ” que se introduzca por vía estatutaria. Al respecto, se sostiene que su legalidad sí sería aceptable cuando los mecanismos de ejercicio cumpliesen los requisitos formales que se requieren para la validez de las cláusulas estatutarias que reconocen el derecho de separación. Además, sería especialmente útil para la tutela de las minorías la inclusión de una causa de separación por justos motivos, ya que se suministraría una protección idónea a los socios externos de las sociedades no cotizadas que se integran en un grupo de sociedades.

Ya sea por separación *ad nutum* o por “justa causa”, lo cierto es que, la integración de la sociedad en un grupo también podrá buscarse el amparo para el ejercicio en la modificación sustancial del objeto social a la que alude el artículo 346 LSC.

En este sentido, se argumenta que los socios externos pueden padecer un perjuicio patrimonial y un debilitamiento de su posición jurídica por la integración de la sociedad en el grupo al articularse una dirección unitaria que persigue el interés del grupo, aunque se introducen matizaciones en atención a la posición que ocupa la sociedad dentro del grupo. En efecto, la conversión de la matriz en una entidad holding conlleva un efecto de sustitución, pues la única garantía patrimonial que ofrece la holding es la de las acciones o participaciones de las compañías que detenta y, por consiguiente, la garantía se traslada y se hace depender del valor de las entidades controladas (Del Val Talens, 2018: págs. 147-184).

En el supuesto de que se trate de la sociedad cabecera del grupo, la conversión de ésta en una sociedad holding podrá dar lugar al ejercicio del derecho de separación por parte del socio externo al amparo de lo establecido en el artículo 346.1 a) LSC, así lo ha admitido la Sala Primera en Sentencia número 102/2011, de 10 de marzo (RJ 2011, 2765), referido a una



operación de filialización en la que, por medio de una modificación estatutaria, se operó una sustitución o reemplazo del objeto social como consecuencia del traslado de la rama de actividad de distribución de energía eléctrica de la matriz a una nueva sociedad filial del grupo. Ello supuso la transformación de una sociedad industrial en una sociedad holding, lo que condujo al socio disidente a ejercitar el derecho de separación al amparo del artículo 147 Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas por entender que se había procedido a la sustitución del objeto social. Concluye esta resolución que el derecho de separación del socio disidente surge en supuestos de sustitución o de reemplazo total del objeto social y en aquellos otros en que ha sido modificado de forma sustancial.

#### **4.2.2. Derecho de separación por integración de la sociedad en el grupo como dominada.**

En el supuesto inverso también existen resoluciones judiciales que aperciben de la insuficiente protección que el ordenamiento jurídico dispensa a los socios minoritarios en este tipo de operaciones societarias. Entre otras, destacamos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, número 138/2013, de 3 de mayo, que alude a un aumento de poder del órgano de administración que es consustancial al grupo de sociedades, con detrimento de los socios minoritarios que resultan ajenos al círculo de control y a continuación se refiere al derecho de separación que razonablemente ha de reconocerse a los socios disidentes con la conversión de la matriz en una sociedad holding, disponiendo así:

*“El proceso conocido como filialización en los grupos de sociedades, que acontece cuando el objeto social de la sociedad matriz pasa a ser desarrollado de manera indirecta mediante otras sociedades filiales e interpuestas que son creadas o adquiridas con dicha finalidad, han generado el problema derivado de la limitación que conlleva en las competencias de la Junta General de aquélla y de la consiguiente limitación en los derechos de los accionistas al ver que las decisiones acerca del ejercicio de dicho objeto social quedan transferidas al órgano*

*de administración social. Es por ello que las disfunciones que genera en el seno de la sociedad matriz esta anormal distribución de competencias ha dado lugar a varios problemas, uno de los cuales gravita entorno a la discusión surgida en la doctrina mercantilista (tras la supresión de la conocida como "cláusula de objeto indirecto" prevista en el art. 117-4 RRM de 1989 ) acerca de si este fenómeno de la filialización, en la medida en que puede determinar la transformación de una sociedad plenamente operativa en una mera sociedad holding, conlleva una modificación del objeto social y con ello el derecho de separación ex art. 147 L.S.A (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206) . que en tal caso debe ser reconocido a los socios, cuestión que ha sido resuelta por nuestro Alto Tribunal en la STS 10 marzo 2011 (RJ 2011, 2765) reconociendo dicho derecho de separación al socio minorista en la medida en que la modificación de los estatutos sociales de la sociedad matriz constituye una sustitución o reemplazo del objeto social "transformando una sociedad industrial en una sociedad holding que de la explotación de una actividad industrial pasa a administrar acciones o participaciones".*

En consecuencia, entretanto no se regule de modo expreso un derecho de separación del socio por la integración de la sociedad en el grupo, la solución a este tipo de supuestos puede suministrarla la inclusión en los estatutos sociales de una causa de separación *ad nutum* o por justa causa. Algunos autores defienden que se puede admitir como justa causa de separación la constitución del grupo y sugieren como alternativa recurrir a lo establecido en el artículo 347 de la Ley de Sociedades de Capital (Vara de Paz, 2013: 79). Este precepto prevé que los estatutos puedan establecer causas de separación distintas a las previstas legalmente, aunque se precisará que en los propios estatutos se determine el modo en el que deberá acreditarse la existencia de la causa, así como la forma y plazo de ejercicio del derecho. Las dificultades podrían venir de la exigencia de un consentimiento prestado por todos los socios para la incorporación a los estatutos de causas de separación diversas de las contempladas en la norma,

razón por la que un sector de la doctrina reconoce que la constitución del grupo integra una “justa causa ” para la separación que opera al margen de la correspondiente previsión estatutaria.

#### **4.2.3. La protección del socio externo a través del artículo 348 «bis» de la Ley de Sociedades de Capital.**

La Ley 11/2018, de 28 de diciembre, dio una nueva redacción al artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, resultando de especial interés el reconocimiento del derecho de separación por falta de distribución de dividendos a los socios externos en los grupos de sociedades. El ejercicio de este derecho en el marco del grupo es una de las cuestiones más problemáticas que plantea la interpretación y aplicación del precepto.

La anterior redacción del artículo 348 bis LSC no tomaba en consideración las peculiaridades de las sociedades que se integran en grupos ni, en consecuencia, abordaba los problemas que en su seno planteaba para los socios minoritarios la falta de distribución de dividendos.

Como sabemos, un problema fundamental del Derecho de grupos viene dado por las importantes lagunas de protección de los socios externos. Esa desprotección se produce tanto a raíz de la creación del grupo como en su funcionamiento, en la medida en que la primera conlleva un cambio organizativo importante que se refleja en el régimen de distribución de competencias entre los órganos sociales, y el segundo implica un ejercicio de la dirección unitaria dirigido a la consecución del interés del grupo, aunque ello implique colocar en una situación de desventaja a alguna o algunas de las sociedades que lo integran. Consecuentemente, la situación de desprotección puede registrarse tanto en la sociedad matriz como en las filiales.

El precepto pretende mitigar los efectos dañinos de la confrontación de mayorías y minorías que con frecuencia se presentan dentro de las estructuras societarias. En particular, en lo que atañe a las sociedades cerradas, es frecuente que este conflicto se manifieste en la forma de “estrangulamiento financiero ” de la minoría. Por ello, se dice que una política sistemática de atesoramiento de beneficios puede ser el instrumento idóneo para que la mayoría logre su propósito y doblegue la voluntad del minoritario, que transmitirá su participación en la sociedad a un precio bajo para así poder desvincularse de la sociedad.

Poco después de la entrada en vigor del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, el precepto fue suspendido de vigencia hasta el día 31 de diciembre de 2014 por el artículo 1 de la Ley 1/2012, de 22 de junio (RCL 2012, 870) , de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital; nuevamente, el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal y la Ley 9/2015, de 25 de mayo, suspendieron de vigencia el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, que finalmente entró en vigor del precepto el día 31 de diciembre de 2016.

La Ley 11/2018, de 28 de diciembre, ha dado nueva redacción al artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital y ha incorporado como una de las principales novedades el reconocimiento del derecho de separación del socio externo por insuficiencia de reparto de dividendos. El legislador concede así carta de naturaleza a lo que hasta este momento había sido una sugerencia de la doctrina autorizada, fruto de las críticas que merecen las lagunas de protección de los socios minoritarios, en particular, en el seno de los grupos de sociedades. Estas lagunas vienen motivadas por las consabidas alteraciones que se producen en el plano organizativo por la integración de la sociedad en un grupo y que se aprecian en el notable aumento de poder del órgano de administración en detrimento del poder de la Junta General (Brenés Cortés, 2019: págs. 23-46). Esta situación es descrita por Fernández del Pozo para las

situaciones de filialización en las que, como sugiere el autor, basta, a través de instrucciones impartidas por los administradores de la dominante, retener suficientes beneficios y durante suficiente periodo de tiempo en las sociedades filiales y subfiliales operativas (el voto en el acuerdo de aplicación de resultados de los beneficios de las filiales y en su junta se decide por el socio de control de la dominante a través de los administradores de ésta), para que el socio de control pueda burlar la aplicación del derecho de separación del socio externo de la matriz del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital en su redacción primitiva (Fernández del Pozo, 2019).

En una estructura grupal, son las Juntas Generales de las filiales las competentes para decidir sobre la aplicación del resultado de cada ejercicio: si el órgano soberano de la filial acuerda que no se distribuyan beneficios y si, al tiempo, tampoco existen beneficios distribuibles en las cuentas individuales de la matriz, la posición de los socios externos de la matriz se deteriora en mayor medida que la de los minoritarios de las filiales. En efecto, los socios externos de las dominadas podrán separarse de la sociedad ante la negativa al reparto de dividendos, haciendo uso del derecho que les confiere el artículo 348 bis, apartado 1, de la Ley de Sociedades de Capital. Pero si la matriz presenta resultados nulos o negativos, el socio externo no dispondrá de este derecho y su única posibilidad de separarse dependerá de que se den los requisitos del apartado 4 del artículo 348 bis, de la Ley de Sociedades de Capital.

En consecuencia, hasta la modificación operada por la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, si los beneficios obtenidos por las filiales no subían a la matriz, los socios externos no podían rentabilizar su inversión, y sólo podían separarse de la sociedad haciendo uso de la facultad que se otorgaba al socio minoritario en el apartado 1 del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital cuando existían beneficios distribuibles en base individual.

En efecto, la delicada posición que ocupan los socios minoritarios puede verse agravada en caso de integración de la sociedad en un grupo, ya que es frecuente que aquéllos sean excluidos

de la participación en las ganancias sociales, en tanto que los socios mayoritarios rentabilizan al máximo su inversión mediante la obtención de ventajas patrimoniales, normalmente satisfechas en concepto de retribución por el desempeño del cargo de administrador social. Además, es frecuente en los grupos de sociedades que, a estas “atribuciones patrimoniales encubiertas” a favor de los socios mayoritarios, se adicionen fórmulas de autofinanciación entre las sociedades del grupo que frustran irremisiblemente las expectativas económicas de los socios externos al imponerse políticas de no reparto de dividendos (Brenés Cortés, 2019: págs. 23-46). La Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña n.º 116/2019, de 25 de marzo (PROV 2019, 154009), se refiere a ellas cuando afirma que *“es bien conocido que los acuerdos de atesoramiento de los beneficios sirven en muchos casos a la mayoría para apropiarse del patrimonio social por vía de retribuciones a administradores, gerentes o trabajadores vinculados, o para provocar en condiciones ventajosas para la mayoría la salida de la sociedad de un socio minoritario excluido de la administración social, o para poner las reservas acumuladas al servicio financiero de otra sociedad del mismo grupo en la que el minoritario no participa”*.

El artículo 348 bis, apartado 4, de la Ley de Sociedades de Capital reconoce actualmente el derecho de separación a favor del socio externo de la matriz en los siguientes términos:

*“Cuando la sociedad estuviere obligada a formular cuentas consolidadas, deberá reconocerse el mismo derecho de separación al socio de la dominante, aunque no se diere el requisito establecido en el párrafo primero de este artículo, si la junta general de la citada sociedad no acordara la distribución como dividendo de al menos el veinticinco por ciento de los resultados positivos consolidados atribuidos a la sociedad dominante del ejercicio anterior, siempre que sean legalmente distribuibles y, además, se hubieran obtenido resultados positivos consolidados atribuidos a la sociedad dominante durante los tres ejercicios anteriores”*.

En aquellos supuestos en los que la sociedad forme parte de un grupo, entrará en juego el derecho de separación por atesoramiento de beneficios, que se reconoce en el precepto reproducido. El reconocimiento legal de este derecho de separación será un instrumento idóneo para combatir el “estrangulamiento financiero” de los socios minoritarios, aunque con las matizaciones que se dirán a continuación. A lo largo de las páginas siguientes se abordará el análisis de las lagunas de protección que persisten tras la reforma operada por la Ley 11/2018, y que conceden un sabor agridulce a la valoración que pudiera hacerse sobre el acierto del reconocimiento legal de este derecho de separación a favor del socio externo.

#### **4.2.4. Derecho de separación a favor del socio de la dominante del grupo.**

El precepto indicado sólo reconoce este derecho de separación a favor del socio externo de la sociedad dominante del grupo, por lo que éste contará con la posibilidad de ejercitar tanto el derecho de separación del apartado 1 como del apartado 4 del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Por lo que respecta a los socios de las sociedades dependientes, únicamente podrán combatir la opresión de la mayoría originada por el atesoramiento de beneficios acudiendo al derecho de separación que recoge el apartado 1 del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, aunque sí dispondrán de los restantes mecanismos de tutela que el ordenamiento jurídico pone a su disposición (Muñoz García, 2019).

Algunos autores cuestionan si cabría la aplicación analógica del apartado 4 del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital de tal manera que también los socios externos de las filiales del grupo podrían separarse haciendo uso del derecho de separación que el legislador sólo ha reconocido expresamente para el socio de la matriz. Para Muñoz García, la respuesta negativa a esta cuestión puede ser especialmente injusta para los socios externos de las sociedades filiales –matrices de subgrupos– en el caso en que no se hayan repartido los beneficios de sus propias subfiliales. Compartimos el parecer del autor cuando califica de

“desconcertante ” la opción legislativa plasmada en la norma, pues la configuración legal de este derecho de separación sigue siendo insuficiente si, tal y como ocurre en la actualidad, se protege al socio de la dominante y se obvia al de la filial –matriz de subgrupo– (Muñoz García. 2019). Con todo, no parece que quepa la aplicación analógica del artículo 348 bis, apartado 4 , de la Ley de Sociedades de Capital para extender el derecho de separación al socio externo de la matriz de un subgrupo si atendemos a la redacción del precepto, en el que se efectúa una acotación tan explícita al socio de la matriz.

La deficiencia tuitiva que puede provocar esta postura interpretativa podría suplirse mediante el reconocimiento de un derecho de separación por “justa causa” cuyo sustrato guardase conexión con la opresión de minorías. Con carácter previo a la reforma del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, un sector doctrinal autorizado se mostró crítico con la redacción del precepto, pues en él no tenía cabida el derecho de separación del socio externo de la matriz en el supuesto en que los beneficios de las filiales operativas no subiesen a la dominante del grupo. Por ello, se proponía la “ justa causa ” como causa de separación, que permitiría liberar al socio externo de esta singular expresión de la opresión de la minoría.

#### **4.2.5. Derecho de separación por “justa causa” como mecanismo para combatir el estrangulamiento financiero del socio externo.**

Ciertamente, a diferencia de lo que ocurre en países de nuestro entorno, ni la legislación societaria ni la jurisprudencia de nuestros tribunales ha reconocido hasta el momento una justa causa de separación no escrita, que sí ha defendido un sector de la doctrina para la ruptura de la relación jurídica cuando la minoría nada obtiene de su participación en la sociedad y es perjudicada por la actuación de la mayoría de control (Megías López, 2014: 13).

Con todo, han de reconocerse las dificultades teóricas que plantea esta propuesta, si se atiende al carácter excepcional del derecho de separación y al riesgo de descapitalización que entraña su ejercicio y que, siguiendo una tesis literal y estricta, necesariamente habrá de estar amparado en



causas legales o estatutarias que le den cobertura. En suma, se trata de confrontar las ventajas que podría reportar la existencia de una justa causa de separación como cauce que diese respuesta a la frustración de las expectativas que mantenía el socio al tiempo de integrarse en la sociedad y las exigencias de observar las prescripciones legales y estatutarias para el ejercicio del derecho de separación, atendida su potencial lesividad para el principio de estabilidad del capital social.

Si nos posicionamos en una lectura literal del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, puede que la “justa causa” sea el único medio que permita colmar aquellas lagunas de protección y dar verdadero sentido a la norma.

Igualmente, existen ciertas algunas lagunas de protección del socio externo por el atesoramiento de beneficios, pues a pesar de lo recogido en el apartado 4 del artículo 348 bis LSC, que reconoce el derecho de separación del socio externo de la matriz cuando la mayoría de control atesora los beneficios en las filiales operativas, supedita dicho ejercicio a que la sociedad formule cuentas consolidadas, por lo que no habrá lugar a este derecho si la sociedad dominante se acoge a la dispensa de consolidación del artículo 43 CCom. En concreto, se ponen de manifiesto los escasos estímulos existentes a la formulación de cuentas consolidadas, por sus elevados costes, así como el déficit informativo que sufren los minoritarios cuando pretenden conocer datos contables de las otras sociedades del grupo: estos obstáculos e inconvenientes pueden frustrar el ejercicio del derecho de separación por el socio externo en la modalidad prevista en el apartado 4 del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, con particular incidencia en los casos en que los administradores de la matriz no formularan cuentas consolidadas. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2015 (RJ 2015, 3932), que reconoce al socio minoritario de la matriz el derecho a que se incluyan en el orden del día puntos informativos referentes a las filiales del grupo. En la misma línea, se apoya la sentencia 381/2019 de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 19 de julio de 2019, en la que se establece que el derecho a la información el socio

minoritario de una sociedad holding cuyo objeto social es la adquisición, tenencia y gestión de acciones y participaciones, se extiende a sus filiales íntegramente participadas, cuando éstas son las que sustancialmente desarrollan el negocio del grupo. A partir de ello, en el proceso de impugnación, declara nulos los acuerdos adoptados en la junta general de la holding por infracción de dicho derecho. En este supuesto, se analiza el recurso presentado por una sociedad de responsabilidad limitada frente a la sentencia dictada el 1 de febrero de 2018 por el Juzgado de lo Mercantil, a instancia de un socio minoritario, por vulneración del derecho a la información. En particular, el Juzgado había declarado la nulidad de los acuerdos adoptados en la Junta General Ordinaria y Extraordinaria celebrada el 10 de junio de 2016, relativos al examen y aprobación de la gestión social, las cuentas anuales y el informe de gestión de la sociedad y su grupo consolidado y de la aplicación de resultado del ejercicio 2015; a la remuneración de los consejeros; a las dispensas aprobadas por la Junta General; así como a la distribución de dividendos a cuenta.

En este supuesto, la sociedad demandada es una sociedad dedicada a la tenencia y administración de otras sociedades y compañías —también denominada holding, por su término anglosajón— que desarrolla el negocio a través de sus filiales, de las cuales una en particular, participada al 100%, es la que genera aproximadamente el 97% de la cifra de negocio del conjunto del grupo.

El negocio de este holding, desarrollado a través de sus filiales es la gestión y tramitación administrativa, notarial y de impuestos de operaciones de compraventa e hipotecarias, celebrando contratos a nivel nacional cuya ejecución canaliza entre los distintos centros gestores repartidos por el territorio nacional, según su ubicación geográfica, siendo estos centros gestores, en la mayoría de los casos, socios de la demanda, que actúan en su correspondiente territorio a través de un contrato de prestación de servicios de gestión hipotecaria suscrito con la filial mencionada.

Teniendo en cuenta la estructura del grupo societario del que es matriz la demandada, la Audiencia Provincial entiende que denegar la información a un socio sobre las filiales, de las que la sociedad demandada es socio único, aísla a los socios minoritarios de la dominante de cualquier información sobre el negocio que desarrolla la filial, sin posibilidad de fiscalización o control alguno por parte de los minoritarios.

La Audiencia Provincial se basa, entre otros, en la aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo establecida en su sentencia de fecha 15 de julio de 2015, en la que el hecho predominante no es la participación del socio minoritario en la matriz, sino la circunstancia de que la sociedad dominante tenga el control sobre el 100% de la filial en la que se desarrolla el negocio. Aplicando esta doctrina, la Audiencia Provincial considera que el socio minoritario de la matriz tiene derecho a controlar y verificar, sin que resulte abusivo, si los miembros del órgano de administración de la sociedad se están prevaleciendo de su condición de tales para repartir una mayor cifra de negocios a los centros gestores vinculados a los mismos, información que únicamente es posible obtener solicitando información de la filial donde se desarrolla el negocio. Tampoco aprecia la Audiencia Provincial la única razón invocada por la demandada para denegar la información, esto es que la publicidad de la información perjudicase al interés social.

En cuanto a la dispensa en la junta general de los miembros del órgano de administración por el eventual conflicto de interés en el que podrían verse inmersos, el presidente destacó que, dado que el objeto social es el de la sociedad holding, ninguno de los consejeros se ve afectado por un conflicto con la sociedad. Sobre esta premisa, la junta aprobó las dispensas en favor de un consejero por la adjudicación de la intermediación, a través de una entidad controlada por este, de la póliza de accidentes de consejeros y directivos de la sociedad, y en favor de otro consejero, por su vinculación a la proveedora del servicio de gestión laboral y asesoramiento jurídico laboral de la sociedad. Sin embargo, no se informó a la parte actora de que el acuerdo

de concesión de las dispensas se sometería a la aprobación de la junta. Según la Audiencia Provincial, esta omisión no puede suplirse con la información dada en la propia junta general ni con la facilitada en otro apartado en el que el socio minoritario había pedido información sobre relaciones entre la sociedad y sus filiales con determinadas sociedades, que no se vinculaba en modo alguno con las dispensas.

Por todo aquello, esta Sentencia de la Audiencia Provincial es un ejemplo más del reconocimiento del derecho de información a favor de los socios minoritarios, a los efectos de poder realizar un correcto control de la gestión del negocio de la sociedad, incluso cuando este se realiza indirectamente a través de filiales.

#### **4.2.6. Estatutos y pactos sociales.**

Existen mecanismos específicos para la protección tanto de las mayorías como de las minorías de las sociedades. Los derechos específicos de los socios minoritarios buscan ser protegidos por un mecanismo denominado “tag along” o “derecho de acompañamiento”.

Conceptualmente el “derecho tag along”, es aquel mecanismo que tiene como finalidad proteger los intereses de los socios minoritarios mediante el otorgamiento del derecho a enajenar su participación accionaria en la sociedad, cuando algún socio mayoritario decida enajenar su participación accionaria. Dicho acto permite al socio minoritario poder unirse a la transacción bajo las mismas condiciones que el accionista mayoritario que vende. En dichos casos, es obligación del socio mayoritario comunicar a los socios minoritarios la existencia de un comprador, así como las condiciones de negociación y de compra, con el objetivo de que el socio minoritario tenga la opción de enajenar su participación accionaria con base en las condiciones presentadas al mayoritario y facilitar la operación.

Dicha cláusula la podríamos incluir en los estatutos sociales con la siguiente redacción:

*“Derecho de Acompañamiento (“Tag-Along”).*

*En el supuesto de que cualquiera de los Socios se propusieran transmitir total o parcialmente su participación en el capital social de la Compañía a uno o varios terceros, el Socio transmitente deberá notificar al resto de Socios y a la Compañía su intención, identificando plenamente las Participaciones objeto de venta, el adquirente, el precio y las condiciones de la venta de sus Participaciones.*

*Recibida la notificación realizada por parte del Socio transmitente, los Socios no transmitentes podrán comunicar al primero su voluntad de ejercitar el derecho de acompañamiento en el plazo de quince (15) días desde la recepción de la comunicación, transmitiendo la totalidad o un porcentaje de las Participaciones que posea, que podrá ser igual o inferior al porcentaje que pretende transmitir el Socio transmitente, y quedando obligado el tercero a adquirir, asimismo, las Participaciones de los otros Socios por el precio ofrecido, y en idénticos términos y condiciones que el Socio transmitente (“Derecho de Acompañamiento”).*

*En la medida en que el tercero se niegue a adquirir las Participaciones sociales de los otros Socios, tras el ejercicio del Derecho de Acompañamiento, el Socio transmitente no podrá vender ninguna Participación a dicho tercero.*

*En caso de ejercicio de este Derecho de Acompañamiento no cabrá el ejercicio del Derecho de Adquisición Preferente ni por parte de los otros Socios ni por parte de la Compañía.”*

Otras de las medidas a adoptar para la protección de los socios minoritarios sería la firma de un pacto parasocial por todos los socios de la sociedad. Los pactos de socios regulan las relaciones internas entre los socios y el objeto es regular los posibles conflictos o situaciones

no previstas en la ley y que puedan causar problemas en el funcionamiento de la sociedad. Son voluntarios y rige el principio de autonomía de la voluntad de las partes.

En este supuesto, podríamos incluir las siguientes cláusulas para conseguir la protección del socio minoritario:

Prever expresamente la posibilidad de constituir una sociedad holding, para este caso daríamos la siguiente redacción:

*“Sociedades Holding. Los Socios prevén expresamente la posibilidad de crear sociedades de capital que titulen directamente las participaciones sociales en la Sociedad de forma que se conviertan en sociedades tenedoras de las participaciones sociales, siempre que se encuentren íntegramente participadas por los propios Socios y, en caso de fallecimiento, por sus descendientes de hasta segundo grado de consanguinidad. La titularidad de las participaciones de la Sociedad Holding por personas distintas a las indicadas implicará el incumplimiento del presente Acuerdo.*

*Prohibición de transmisión. Se prohíbe expresamente la transmisión de las participaciones sociales de la Sociedad Holding por actos inter-vivos. Esta prohibición se extiende a la constitución de derechos reales, garantías o cualquier negocio jurídico que limite el ejercicio de los derechos políticos derivados de las participaciones o acciones.*

*En caso de incumplimiento la Sociedad se reserva un derecho de opción de compra sobre sus propias participaciones que ejercerá en los términos previstos seguidamente.*

*Requisitos. Las Sociedades Holding se registrarán por las siguientes disposiciones:*

- Serán participadas íntegramente por cada uno de los Socios respectivamente.*
- En caso de fallecimiento del Socio, las participaciones de la Sociedad Holding deberán transmitirse en favor de descendientes por consanguinidad de hasta segundo grado.*

- *No podrán llevar a cabo actividades distintas de las de tenencia y gestión de las participaciones de la Sociedad.*

- *Establecerán en favor de la Sociedad un derecho de preferencia en primer orden para cualquier tipo de transmisión.”*

Igualmente, en relación con la distribución de dividendos e información financiera es recomendable incluir en el pacto de socios una cláusula como la siguiente:

*“Política de dividendos.*

*Las Partes acuerdan que, en caso de que la Sociedad cierre ejercicio con beneficios, la Junta General de Socios acordará, anualmente, un reparto de dividendos de hasta un 30% del beneficio distribuible. A tal efecto, los Socios acuerdan votar a favor del reparto de dichos dividendos de conformidad con lo establecido en la ley.*

*Estados financieros e información de gestión.*

*La Sociedad deberá entregar a los Socios la siguiente información:*

*(i) Anualmente: En el plazo de sesenta (60) días desde la finalización de cada ejercicio social y tan pronto como sea posible, una copia de los estados financieros de la misma.*

*Asimismo, la Compañía deberá entregar a los Socios, a la mayor brevedad en el plazo de noventa (90) días a contar desde la finalización de cada ejercicio social, una copia de las cuentas anuales auditadas.*

*(ii) Al menos con periodicidad trimestral, los estados financieros intermedios que comprendan como mínimo el balance y la cuenta de resultados de la sociedad y, en su caso, del grupo consolidado, y que se presenten con la forma y los criterios establecidos para las cuentas anuales.*

(iii) *Mensualmente: El detalle de las operaciones e inversiones efectuadas durante el mes precedente, incluyendo los ingresos, el margen de beneficio bruto y la posición de cash-flow y un resumen de los principales hitos y circunstancias ocurridos durante el mes anterior en relación con el funcionamiento de la Compañía. Asimismo, la Compañía deberá informar mensualmente a los Socios sobre el número total de trabajadores de la Compañía, así como sobre las altas y bajas de los trabajadores producidas durante el último mes. Esta información se facilitará en un plazo máximo de veinticinco (25) días a partir del último día de cada mes. No obstante, la Sociedad deberá informar y facilitar a los Socios que lo requieran, en un plazo máximo de quince (15) días desde su solicitud, una estimación razonable y suficiente de las principales magnitudes financieras de la Compañía (Balance, Cuenta de Pérdidas y Ganancias, evolución de la deuda, etc.).*

(iv) *Asimismo, la Sociedad deberá informar a los Socios que lo requieran y en un plazo máximo de veinticinco (25) días desde su solicitud, información razonable sobre el progreso de la Compañía.*

(v) *Los Socios tendrán acceso completo a los libros, oficinas, documentos contables y a la información general de la Sociedad, a título individual debidamente representados por legal representante. La Sociedad deberá ser notificada del ejercicio de dichos derechos en un plazo de cuarenta y ocho (48) horas previas a dicha actuación.*

(vi) *La Sociedad se compromete a cumplir con las obligaciones contables, legales y fiscales, así como aquellas obligaciones de gestión, archivo y protección de datos de carácter personal establecidos en la Ley.”*

Por último, en relación a las mayorías necesarias para tomar determinados acuerdos, a través del pacto de socios podemos aumentar dichas mayorías para que sea necesaria la aceptación por parte del socio minoritario, en acuerdos tales como aumento o disminución del



capital social o cualquier otra modificación de los estatutos sociales, disposición de activos esenciales (tanto en la sociedad holding como en las filiales), la transformación, la fusión, la escisión, la cesión global de activo y pasivo, entre otros.

## Conclusiones

El Grupo de sociedades es una figura empírica en la realidad de las actividades económicas y en el mundo empresarial y que en el derecho comparado pocos ordenamientos han regulado.

Desde hace mucho tiempo, la figura del Grupo de sociedades constituye un reto para el Derecho, debido a la considerable dificultad que supone «casar» armónicamente en una regulación legislativa la unidad económica y la pluralidad jurídica que, de manera esencial, caracterizan a esta singular modalidad de empresa. El pionero ejemplo alemán de regulación de los grupos, llevado a cabo mediante la Aktiengesetz de 1965, ha sido seguido por muy pocos ordenamientos jurídicos; han fracasado hasta la fecha los intentos de la Unión Europea en tal sentido.

En cualquier caso, no se ha regulado su régimen en el ámbito jurídico-mercantil-societario que es donde debería partir su configuración y desarrollo normativo y debido a ello, la problemática que ha suscitado esta figura se ha tenido que abordar a través de la jurisprudencia y la doctrina.

El ordenamiento español tiene esta asignatura pendiente que ha de abordar. Desde mi punto de vista la solución sería finalmente aprobar el Anteproyecto de Código Mercantil. De este modo, se regularía íntegramente el concepto de Grupo de sociedades, y todo lo que ello conlleva.

Finalmente, los medios de tutela del socio externo suponen una innovación importante respecto al Derecho actualmente vigente. A decir verdad, la regulación que prevé el Anteproyecto de Código Mercantil quizás no resuelva toda la problemática presente en los grupos de sociedades pero sí contemplan algunas de las cuestiones más relevantes, destacando especialmente entre todas ellas el reconocimiento por primera vez en el Derecho español del concepto, aunque no se haya

precisado, de “interés del grupo”, al que han de subordinarse los respectivos intereses particulares de las sociedades que integran el grupo.

## **BIBLIOGRAFÍA:**

BRENÉS CORTÉS, Josefa (2019): *El derecho de separación por falta de distribución de dividendos en el seno de los grupos de sociedades*. Revista Lex Mercatoria n.º 11/2019.

BATALLER GRAU, Juan (2016): *La disolución, La liquidación de las sociedades mercantiles*. Tirant lo Blanch, 2016.

CABANAS TREJO, Ricardo, y BONARDELL LENZANO, Rafael (1998): *Separación y exclusión de socios en la sociedad de responsabilidad limitada* (BIB 1999, 10) , Aranzadi, 1998.

CURTO POLO, Mercedes (2019): *La protección del socio minoritario*. Tirant lo Blanch, 2019.

DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa (2004): *Derecho de grupos de sociedades*. Civitas, 2004.

DEL VAL TALENS, Paula (2018): *El administrador persona jurídica en el grupo de empresas*. BIB 2018, 6117, RDM n.º 307/2018.

EMBED IRUJO, José Miguel (2018): *La ordenación jurídica de los grupos de sociedades: del interés del grupo a la tutela de los socios externos*. Marcial Pons.

FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis (2019): *La laguna de tutela del socio externo de la matriz tras una “filialización” y el nuevo derecho de separación del artículo 348 bis 4 de la Ley de Sociedades de Capital*. RDM n.º 312/2019.

FUENTES NAHARRO, Mónica (2007): *Grupos de sociedades y protección de acreedores*. Thomson-Civitas. Colección de Estudios de Derecho Mercantil.

GIRARDO PERANDONES, Pablo (2001): *La empresa del grupo y el derecho de sociedades*.

GIRGADO PERANDONES, Pablo (2014): *En torno a la noción de los grupos de sociedades y su delimitación en el ámbito español y europeo*. Revista Boliviana de Derecho n° 18. Julio 2014.

GUERRERO LEBRÓN, María Jesús (2018): *El art. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital como mecanismo de protección del socio externo ante una gestión desleal del grupo*. RDS n.º 54/2018.

MEGÍAS LÓPEZ, Javier (2014): *Opresión y obstruccionismo en las sociedades de capital cerradas: Abuso de mayoría y de minoría*. Anuario Jurídico y Económico Escurialense. Dialnet.

MUÑOZ GARCÍA, Alfredo (2019): *Distribución obligatoria de dividendos y grupos de sociedades*. RDS n.º 55/2019.

PAZ ARES, José Cándido (2010-2014): *Uniones de empresas y grupos de sociedades*. Lecciones de derecho mercantil. Aranzadi.

RODAS PAREDES, Paola (2013): *La separación del socio en la Ley de Sociedades de Capital*. Marcial Pons, 2013.

SERRANO CAÑAS, José Manuel (2006): *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*.

VARA DE PAZ, Nemesio (2013): *El derecho de separación del socio en el caso de sustitución o modificación sustancial del objeto social. Especial referencia al supuesto de adquisición de participaciones y a los grupos de sociedades*. (BIB 2013, 783) , RDS n.º 40/2013.

VÁZQUEZ LÉPINETTE, Tomás (2007): *La protección de las minorías societarias frente a la opresión*. Estudios de Derecho Mercantil, Civitas, 2007.